CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION

LEGAL REPORT

2000

101-04068/

© Minister of Public Works and Government Services 2001
Cat. No. HR1-2/2000
ISBN 0-662-65393-9

This publication is available as a sound recording, in large print, in braille, and on computer diskette.
It is also available on the Commission's web site at:
http://www.chrc-ccdp.ca

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION 1

JUDICIAL REVIEW OF SUBSTANTIVE EQUALITY ISSUES 4
- Non-discriminatory individual assessment and the duty to accommodate 4
- The burden of proof respecting accommodation 6
- Disadvantage or discrimination: selecting the comparator group 7
- Deference to a Tribunal's fact-finding expertise 10
- Discrimination on Indian Reserves 11

TRIBUNAL RESOLUTION OF COMPLAINTS 15
- Sex 15
- Sexual harassment 17
- Disability 19
- Age 26

JUDICIAL REVIEW OF PROCEDURAL AND JURISDICTIONAL MATTERS 27
- Standards of independence and impartiality 27
- Judicial review of interlocutory decisions 32
- Judicial review of Commission decisions — confirming and clarifying the duty of procedural fairness 34
- Stay of proceedings 38
- The disclosure of documents and claims of public interest immunity 42
- Settlement prior to adjudication 44

Introduction

This Report is a review and discussion of various decisions of the Canadian Human Rights Tribunal, the Federal Court and the Supreme Court of Canada that have been rendered during the year 2000 on matters involving the Canadian Human Rights Commission (the "Commission"). **Its only purpose is to serve as an overview of the legal landscape in the year 2000 and it does not in any way constitute a legal opinion or represent the views of the Commission on any of the issues covered.**

The work of the Commission is inevitably impacted by broader developments in equality law, in particular, the decisions of the Supreme Court of Canada. In the year 2000 there were some significant developments in the jurisprudence under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[1] (the "*Charter*") which will undoubtedly serve to enhance and clarify anti-discrimination law generally. In a case from Quebec the subjective and objective dimensions to the notion of disability were considered by the Court. The principles reviewed in that case will provide guidance to the interpretation of similar concepts in federal law. That decision is reviewed here along with another decision of the Court that focuses on defining the correct comparator group for a claim of discrimination based on disability. The latter decision highlights the importance of considering factors such as disadvantage, stereotyping and vulnerability when determining if a person's dignity has been demeaned by a challenged law or government program.

In the context of legal developments under the *Canadian Human Rights Act*[2] (the "*Act*"), the duty to accommodate was reviewed by the Federal Court during the past year. In a case that involved aptitude tests used to determine eligibility for second language training, the Court considered the effects of such testing on persons with a certain type of learning disability. While aptitude tests *per se* were not viewed as illegitimate, the Court underscored that it is important to consider the special needs of persons who have disabilities which inhibit their ability to score well on the test, but who are nonetheless fully able to learn a second language. This case highlights the importance of using a non-discriminatory assessment process in order to take into consideration the real potential of individuals.

The Federal Court also reviewed how comparator groups should be selected for the purpose of determining whether disadvantage

---

[1] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B of the *Canada Act* 1982 (U.K.), 1982, c. 11.

[2] *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.

constitutes discrimination. The matter before the Court involved the denial of collectively bargained job security benefits to persons who were absent from work without pay because of illness. The benefits were available as a function of time worked. Employees absent without pay for certain enumerated reasons (which included illness) were eligible on a limited basis which, in some circumstances, amounted to a denial of the job security benefit. Since the rules applicable to illness were the same as those applicable to the other enumerated reasons, no discernable discrimination based on physical disability was found by the Court. This decision suggests that whether or not disadvantage amounts to discrimination may depend on the basis of comparison.

Another significant question reviewed by the Federal Court involved the application of section 67 of the *Act* which states that the legislation does not affect "... any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act."[3] This section can have significant repercussions on cases involving clear discrimination (usually based on sex and/or race) by removing them from the scrutiny of human rights legislation. In the two cases considered by the Court, one invited the application of section 67 and the other did not. These contrasting decisions demonstrate the crucial importance of considering what constitutes a "provision made under or pursuant to"[4] the *Indian Act*.[5]

The decisions of the Canadian Human Rights Tribunal reported on here canvass a broad range of issues. They include a case arising from a complaint of sex-based discrimination in an industry dominated by men. The Tribunal considered the factors that should be weighed in evaluating an alleged *bona fide* occupational requirement, especially one based on sex. A lengthy decision was also issued regarding a complaint that the Deaf and hard of hearing are discriminated against in gaining full access to programs and other information broadcast by the CBC. Extensive consideration was given to the issue of whether costs can be raised as a *bona fide* justification for failing to caption all material broadcast by the CBC. In another decision, a Human Rights Tribunal ruled on a complaint of sexual harassment and found, based on the evidence, that vulgarity provoked by anger does not necessarily constitute sexual harassment in the work place. The crucial role of strong evidence linking the allegations to a prohibited ground is highlighted by this particular decision, as well as others rendered by Human Rights Tribunals and included in this report.

---

[3] *Ibid.*, s.67.
[4] *Ibid.*
[5] *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

Developments in the case law in the past year continue to indicate that judicial review of jurisdictional and procedural issues have an important impact on the manner in which proceedings before a Human Rights Tribunal are conducted. The decisions reviewed here include one that focuses on the duty of impartiality that individual members of a tribunal must respect. The issue of institutional bias was raised in another case that placed in question the independence and impartiality of the Human Rights Tribunal in light of a number of statutory provisions relating to the Tribunal's security of tenure, financial security and decision-making freedom. The latter decision resulted in a stay of proceedings in a major pay equity case.

In other decisions, the Federal Court confirmed the principle that interlocutory decisions on matters that are not jurisdictional in nature do not generally justify judicial review before the completion of the proceedings. Where jurisdictional deficiencies are in issue, a party may also apply for a stay of proceedings before the Tribunal, pending the outcome of its review application. However, the Federal Court this year has confirmed a stringent three-pronged test that must be met to justify a stay of proceedings. The decisions included in this report demonstrate that a party must overcome significant hurdles in order to succeed on such an application.

A particular issue of jurisdiction arises whenever the application of section 37 of the *Canada Evidence Act*[6] is in question. The latter governs any claim to public interest immunity in the production of evidence before a body such as a Human Rights Tribunal. A decision included in this report makes clear that a Human Rights Tribunal has no jurisdiction to evaluate and rule upon a claim of public interest immunity arising under section 37. Authority to so rule is accorded the Federal Court (as well as Superior Courts) upon application by a Minister of the Crown in Right of Canada or other interested person.

The procedural protections that apply to administrative decisions such as those made by the Commission were also issues raised before the Federal Court in the year 2000. For example, the Court confirmed that a lower standard of procedural fairness applies to a decision to accept or reject a complaint prior to investigation under section 41 of the *Act*. This decision and others offer welcome guidance from the Federal Court regarding the content and scope of the duty of procedural fairness owed by the Commission to complainants and respondents.

---

[6] *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

Judicial Review of Substantive Equality Issues

Non-discriminatory individual assessment and the duty to accommodate

Candidates chosen to occupy bilingual non-imperative positions in the federal Public Service must meet language proficiency levels within time periods specified in Treasury Board's Language Training Policy. Access to language training, however, is contingent upon how well a candidate scores in tests designed to evaluate his or her current language proficiency and second language learning abilities. The Federal Court recently reviewed the discriminatory impact of such tests upon persons with certain types of learning disabilities.[7] The case arose from a complaint filed by Ms. Green, whom a Selection Board had rated first in terms of knowledge, ability and personal suitability for a PM-6 bilingual non-imperative position. While Ms. Green was otherwise eminently qualified, she received a negative prognosis regarding the likelihood of her successfully completing language training within the required time frame. The tests used to evaluate her second language learning abilities are known as the Modern Language Aptitude Test (MLAT) and two Pimsleur subtests. Those involved in administering the tests found that Ms. Green experienced great difficulty linking sound to symbol, or moving from symbol to sound to meaning. There was some suggestion at the time that she might have a learning disability.

Despite the negative prognosis regarding language training, Ms. Green was assigned by her Department (the then Employment and Immigration Commission, EIC) to be the acting PM-6 in the position for which she had competed. Arrangements were also made for Ms. Green to be assessed by a psychologist to determine if her low scores on the MLAT and Pimsleur subtests were attributable to a particular disability. In due course, the psychologist determined that Ms. Green had a form of dyslexia that affected the auditory processing function. The psychologist also found that Ms. Green had done remarkably well in overcoming the effects of the dyslexia by developing compensatory strategies through her strengths in language and visual processing skills. Given Ms Green's high intellectual potential, her learning style and existing language abilities, the psychologist concluded that she would be able to learn the French language without major difficulties if a proper pedagogical approach were adopted. Such an approach would include one-on-one instruction, no time limits, a lot of context and the opportunity to make use of her strengths in language and visual processing.

Following the termination of Ms. Green's assignment as acting PM-6 (which position was filled by a surplus employee who could satisfy the language requirements), further professional assessment was sought regarding her potential to learn French as a second language and the

[7] *Canada (Attorney General) v. Green*, [2000] 4 F.C. 629 (T.D.) [hereinafter *Green* cited to F.C.T.D.].

type of second language instruction best suited to her needs. This second report confirmed the presence of a form of dyslexia, but concluded that persons with this condition were not necessarily unable to master a second language. In order to assess accurately such persons' second language learning potential, it was necessary to select carefully the type of instrument or test used to measure it. In this regard, the report observed that the use of MLAT and Pimsleur subtests by the Public Service Commission (the PSC) did not provide a valid indication of the actual second language learning potential of Ms. Green or other persons similarly situated. It concluded that Ms. Green was an exceptional learner who had developed compensatory strategies to facilitate comprehension and recall of information during new learning. As to the type of second language instruction best suited to Ms. Green and others with the same disability, the report recommended a dynamic, conversational, whole-language methodology.

Efforts by Ms. Green and the Department where she worked to have her case treated more favourably by the PSC were ultimately unsuccessful. The PSC took the view that Ms. Green's learning disability was essentially another way of saying that she had a low aptitude to learn a second language. It also emphasized that access policies to language training were intended to make language training more cost effective through the use of an objective screening process capable of identifying those persons with an acceptable level of second language learning potential. While accommodation would be made for persons with hearing or sight impairment, the PSC concluded that the type of impairment raised by Ms. Green's case could not be accommodated without undermining the very purpose of the aptitude tests used to screen candidates for language training.

Ms. Green filed a complaint of discrimination in employment based on disability, which complaint was eventually heard by a Human Rights Tribunal. The Tribunal found that the aptitude tests, while objective on their face, had an adverse effect on persons such as Ms. Green who were affected by this particular form of dyslexia. In light of this adverse effect, the PSC was under a duty to accommodate Ms. Green's disability to the point of undue hardship. On the evidence before it, the Tribunal concluded that virtually no accommodation was made by the PSC to overcome the discrimination that had unfairly inhibited Ms. Green's promotion to a PM-6 position. In the result, it awarded personal remedies to Ms. Green (including immediate appointment to a PM-6 position and back pay for lost salary) and issued an order aimed at resolving the systemic discrimination raised on the facts of the complaint.

The Tribunal's findings were upheld by the Federal Court. Upon examining at length the reasoning of the Tribunal, the Federal Court concluded that it had correctly understood and applied the notion of adverse effect discrimination enunciated by the Supreme Court of Canada.[8] It is of note that these kinds of legal distinctions (that is, between direct and adverse effect discrimination) are no longer central to the discrimination analysis in light of amendments to section 15 of the *Act* which came into effect in June 1998.[9] These amendments (and the decision of the Supreme Court in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* [10]) simplify the definition of discrimination.

The burden of proof respecting accommodation

The Federal Court in the *Green* decision also upheld as correct the Tribunal's finding that the burden of proof was upon the PSC to accommodate up to the point of "undue hardship".[11] In this regard, the Court found that the Tribunal had correctly identified the factors that should be considered when evaluating "undue hardship".[12] These factors include such things as financial cost, disruption of a collective agreement, problems of employee morale, and the interchangeability of the workforce and its facilities. On this point it is interesting to note that the 1998 amendments to section 15(2) of the *Act* restrict the factors relevant to assessing undue hardship to health, safety and cost.[13]

As to the issue of what accommodation could have been made by the government departments, the Federal Court saw this as a question of fact that the Tribunal had properly addressed. The Tribunal's decision in this regard was not patently unreasonable in light of all the evidence placed before it. The Court agreed with the Tribunal that, on the whole of the evidence, "the issue of the cost of accommodation of Nancy Green was not contemplated in response to the knowledge of her learning disability nor to the request of her Department to accommodate her."[14] Instead the PSC and Treasury Board had simply classed Ms. Green as someone with a low aptitude to learn a second language based on her learning disability.

---

[8] *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 at 505 - 6.

[9] *An Act to Amend the Canada Evidence Act and the Criminal Code in respect of persons with disabilities, to amend the Canadian Human Rights Act in respect of persons with disabilities and other matters and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 9, s. 10, 15.

[10] [1999] 3 S.C.R. 3 [hereinafter *Meiorin* cited to S.C.R].

[11] *Supra*, note 2, s. 15(2).

[12] *Ibid.*

[13] *Supra*, note 9, s. 10.

[14] *Supra*, note 7 at para. 76.

For the most part, the Federal Court also upheld the broad and comprehensive remedies ordered by the Tribunal. The Federal Court emphasized that in cases of adverse effect discrimination the underlying rule or policy, being themselves neutral on their face, should not be struck down. It noted that the systemic discrimination remedy issued by the Tribunal did not throw out the MLAT or Pimsleur tests as the main identifier of language learning aptitude. What it did, in the words of the presiding Federal Court judge, was require "that in the case of a person with a learning disability, the PSC fine-tune the process in order to eliminate what it found the MLAT did not address, i.e. the nature of the disability and the nature of the compensatory strategies used by persons with learning disabilities."[15] The Court found that the order in question was supported by the evidentiary findings of the Tribunal, reasonably connected to the issues and consistent with the legal principles set out in the relevant case law.

It is disappointing that the Federal Court agreed with the Attorney General that an order to pay the complainant's legal costs was not within the Tribunal's statutory authority. The Court reasoned that "if Parliament had intended the Tribunal to award legal costs, it would have said so."[16] Since the *Act* is silent in this regard, the Tribunal had no authority to award legal costs to Ms. Green and its order was overturned. It should be noted that this narrow interpretation of the Tribunal's remedial power was based on the Court's reading of section 53(2)(d), not section 53(2)(c).[17] In an earlier decision, the Court of Appeal held that the language of "expenses incurred" in section 53(2)(c) includes the reasonable costs of counsel.[18]

Disadvantage or discrimination: selecting the comparator group

In the case of *Canadian Human Rights Commission and Cramm v. Canadian National Railway et al.*,[19] the Federal Court considered the issue of what constitutes an appropriate comparator group for the purposes of determining if a *prima facie* case of discrimination has been established. The subject matter before it involved a complaint of employment discrimination based on physical disability which had been heard by both a Human Rights Tribunal and the Review Tribunal (now abolished). The complainant, Mr. Cramm, challenged his exclusion from certain employment benefits related to job security which became operative when a railway operation was shut down.

---

[15] *Ibid.* at para. 137.
[16] *Ibid.* at para. 186.
[17] *Supra*, note 2.
[18] *Canada v. Thwaites*, [1994] 3 F.C. 38 at 71.
[19] (16 June 2000), No. T-1503-98 (F.C.T.D.) [hereinafter *Cramm* cited to F.C.T.D.].

These benefits were calculated according to terms set out in a collective agreement. The right to these benefits was dependent upon an employee's total Cumulative Compensated Service (CCS). As a general rule, an employee was credited with one month of CCS for every month in which he or she worked for at least 11 days. In addition, an employee was able to accumulate CCS up to 100 days in a calendar year if he or she took unpaid time off on account of illness, injury, authorized maternity leave, attendance at committee meetings, or attendance at court as a witness or for uncompensated jury duty. However, the subrule relevant to CCS for time off without pay applied only where an employee worked at least one day in any given calendar year.

The benefits accorded as a function of CCS took on great importance when Mr. Cramm's employer, the Canadian National Railway, decided to close its operations in Newfoundland in 1990. Employees with eight years of CCS were guaranteed a job or full wages until age 55. In Mr. Cramm's case, he had suffered a job-related accident in 1980 and was unable to return to work until 1984. He therefore did not meet the requirement of at least one day's work per calendar year in order to benefit from the 100 days of CCS for each of the years when he was unable to work due to injury. Had he been eligible to accumulate these 100 days of CCS per year during his convalescence he would have had the minimum 8 years of CCS to qualify for job security benefits as set out in the collective agreement. Mr. Cramm argued that the rules used to calculate CCS had an adverse effect upon him due to his disability and thus constituted a prohibited form of discrimination.

The Federal Court released its decision in the *Cramm* case last year. The central issue for the Court was whether the proper comparator group to use in reviewing Mr. Cramm's complaint of discrimination was that composed of all those to whom the "time off without pay" rule applied. The Court noted that Mr. Cramm was treated no differently than any person who was absent for the same period of time for one of the enumerated reasons, and thus his complaint of discrimination based on disability was not established.[20] The Federal Court rejected submissions made by the Human Rights Commission that the position of Mr. Cramm should be compared to those who benefited from the more general rule for allocating CCS. The Court pointed out that the purpose of the more general rule was to compensate those who worked for a minimum of 11 days per month with a set amount of CCS: "That rule has no more adverse effect

[20] *Ibid.* at para. 18.

upon ill or injured employees, in my opinion, than upon any other group of employees absent from work, for whatever reason, for the same time in the month."[21] As to the "time off without pay" rule, the Court concluded that it served a different purpose: "It provides opportunity for employees to accumulate CCS, for up to 100 days in a calendar year, when they have been absent from work for stipulated reasons provided they have worked one day in that year."[22] The Court pointed out that examining the purpose of an employment rule alleged to be discriminatory, in order to properly identify a comparator group, has been mandated by the Supreme Court of Canada in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*.[23] Moreover, the Court adopted its own reasoning in an earlier human rights case (the *Dumont-Ferlatte* case[24]) in which it had concluded that women on maternity leave should be compared with those on other forms of leave without pay under collective agreements for the purposes of assessing possible adverse effect discrimination.

An appeal of the *Cramm* decision was withdrawn following a settlement between Mr. Cramm and the Canadian National Railway.

In a decision released in the year 2000 the Supreme Court also considered how comparators should be selected in order to assess whether disadvantage amounts to discrimination under section 15 of the *Charter*. In *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration*,[25] the Supreme Court reviewed the issue of whether a person with a temporary disability should receive the same treatment as someone with a permanent disability for the purposes of the eligibility requirements under the Canada Pension Plan (CPP). Mr. Granovsky suffered an intermittent and degenerative back injury following a work-related accident in 1980. He was assessed as being temporarily totally disabled at that time. Prior to his accident, he had made CPP contributions in six of the ten previous years. Following the accident, Mr. Granovsky was profitably employed from time to time, though he maintained that his back condition continued to deteriorate and resulted in permanent disability in 1993, at which time he applied for a CPP disability pension. His application was refused by the Minister of Employment and Immigration in part because he had only made a CPP contribution in one year of the relevant ten-year contribution period prior to the date of application. To be eligible for

[21] *Ibid*. at para. 23.
[22] *Ibid*. at para. 23.
[23] [1996] 3 S.C.R. 556.
[24] *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Human Rights Tribunal)* (11 December 1997), No. T-1802-96 (F.C.T.D.)
[25] [2000] 1 S.C.R. 703.

consideration a person must have made contributions under the CPP in five of the last ten years or two of the previous three years. This requirement is relaxed for individuals suffering from severe disability during all or part of the ten years immediately preceding the application. Since Mr. Granovsky suffered only a temporary disability, he could not rely on the special provisions that relaxed rules regarding contributions to the CPP.

Although the Court reiterated that when looking at discrimination based on disability, the focus is not on the impairment as such, but rather on the problematic response of the state. The Court went on to state that not all disadvantage is discrimination. Mr. Granovsky's complaint was that persons with temporary disabilities were adversely affected under the plan compared to those who are able-bodied. While noting that Mr. Granovsky suffered under a disadvantageous distinction, the Supreme Court concluded that the proper comparator group was that composed of persons with permanent disabilities both at the time of application and during the contribution period. The question to be asked was whether the deprivation promoted "the view that persons with temporary disabilities are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration."[26] In this regard the Court found that no contextual factors, such as disadvantage, stereotyping or vulnerability were present in Mr. Granovsky's case. In short, he had failed "...to show that the government's response through the design of the CPP or its application demeans persons with temporary disabilities, or casts any doubt on their worthiness as human beings."[27] Rather the Court viewed the basis of the distinction between persons with permanent and temporary disabilities as one which was founded upon the recognition that those with temporary disabilities enjoy greater economic strength than those with permanent disabilities. In light of all these reasons, Mr. Granovsky's case was dismissed.

Deference to a Tribunal's fact-finding expertise

The Federal Court decision in *Attorney General of Canada v. Singh and Canadian Human Rights Commission*[28] demonstrates that reasonable inferences drawn from facts by a Human Rights Tribunal will not be lightly overturned on judicial review. This flows from the high level of deference shown to the Tribunal with respect to its findings of fact. The case involved allegations of discrimination based on age that emerged from the following circumstances. Mr. Singh competed for an ES-01 position (Economics, Sociology

[26] *Ibid.* at para. 58.
[27] *Ibid.* at para. 70.
[28] (4 April 2000), No. T-2116-98 (F.C.T.D.).

and Statistics group) in 1988 and came second out of a pool of approximately ten candidates. When the eligibility list was issued following the competition only the name of the successful candidate was included. Statistics Canada (the employer) explained that the one-name list was issued because no new positions at that level would be opening up in the near future, other than the one just filled. A few weeks later, however, Statistics Canada offered positions to 26 candidates under an ES recruitment plan. Evidence before the Tribunal also suggested that had Mr. Singh been on the eligibility list at the time he could have been picked up by a manager as an ES-01. It was also established that over a nine year period only one incumbent out of 340 persons at the ES-01 level was over forty. While Statistics Canada did not admit that age was a factor in staffing ES-01 positions, it stated that an individual's propensity to retire was a consideration. On the whole of the evidence, and given the fact that Mr. Singh was 43 or 44 years of age at the time of these events, the Tribunal concluded that there was compelling circumstantial evidence of an organizational predisposition against promoting older internal candidates into ES positions.

On the facts of the case, the Federal Court concluded that the Tribunal had properly inferred the presence of age discrimination. As regards any legal error, reviewable on a standard of correctness, the Federal Court found that the Tribunal had correctly understood and applied the law with respect to the requirements of a *prima facie* case. Once that case was made, it was incumbent upon Statistics Canada to offer evidence in answer to the claim of discrimination against it. The Federal Court could find no error in the Tribunal's conclusion that no adequate answer to the *prima facie* case had been offered. Moreover, the Court agreed with the Tribunal that the statistical evidence available regarding the age of incumbents was sufficient to establish systemic discrimination based on age.

Discrimination on Indian Reserves

Allegations of discriminatory practices on Indian Reserves raise both substantive and jurisdictional issues for a Human Rights Tribunal. The Federal Court in *Chief and Council of the Shubenacadie Indian Band v. MacNutt and Canadian Human Rights Commission et al.*[29] dealt with the exclusion of non-Indian spouses of Indian Band members from eligibility for social assistance payments. The issue arose on an Indian Reserve in Nova Scotia where the Council of the Shubenacadie Indian Band ("Band Council") administers a welfare program funded by the federal government. While the Band Council granted social assistance to female non-Indian spouses prior to

[29] *(2000), 187 D.L.R. (4th) 741 (F.C.A.).*

April 1992, it subsequently refused social assistance to all non-Indians living on the reserve in order to avoid any complaint of discrimination based on the gender of the persons involved. Three complaints with respect to this policy were made to the Commission. In all three complaints, the Band Council refused to accord welfare payments to the non-Indian spouses.

The framework under which welfare funding is accorded to Band Councils is contained in Treasury Board policies and in Annual Contribution and Master Funding Agreements entered into with the Department of Indian Affairs and Northern Development. Pursuant to policy guidelines, social assistance payments are available to residents of Indian reserves, such assistance being intended for the benefit of Indian people and their families, including dependents. There is no requirement that the "dependent" be a registered Indian.[30] It should also be noted that a Band Council has no authority to make by-laws respecting the payment of social assistance to persons resident on the reserve. In the case at bar, all three non-Indian spouses were refused social assistance as dependents of their applicant-spouses, which refusal resulted in the complaints and proceedings before the Human Rights Tribunal.

With respect to all three complaints, both the Human Rights Tribunal and the Federal Court had no difficulty in determining that discrimination based on race (and perhaps marital status) had occurred. However, the issues heard by the Federal Court concerned the very jurisdiction of the Tribunal over the matter in the first place. The Court characterized some of the arguments in this regard as "wholly devoid of merit"[31] and difficult to follow. For example, it was argued that the provisions of the *Act* were of no force and effect with respect to these complaints because of the combined effect of sections 15 and 25 of the *Canadian Charter of Rights And Freedoms.* Section 25 stipulates that the "guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty, or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada..."[32] The Court pointed out that this section is to be construed as a shield that protects the rights falling within the section from being adversely affected by other Charter rights. This was not the situation in the case at bar, for the complainants did not invoke the *Charter* in support of their

[30] *Ibid.* at para. 11. Refers to the document *Background of the development of the Social Assistance Program*, A.B., Vol. XVII, p. 2791.
[31] *Ibid.* at para. 42.
[32] *Supra*, note 1, s. 25.

position. Furthermore, no evidence was placed before the Court to establish the aboriginal right the Band Council purported to assert.

With respect to the alleged lack of general legislative competence of the federal government to create a social assistance program for Indians, the Court took the position that there was ample authority under section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.[33] While it is true that provinces have general legislative authority over social assistance, the authority of Parliament over Indians and land reserved to them is broad enough to include the type of social assistance program established by the federal government for the benefit of Indians and their families. As to whether such programs can validly extend to non-Indian members of Indian families, the Federal Court took the view that "the refusal to pay benefits to Indian applicants in respect of non-Indian spouses cannot transform what is in fact a programme designed to enhance the status of Indian peoples (a matter within the constitutional competence of Parliament) into a matter within provincial competence, simply because non-Indian spouses are involved."[34] Accordingly, the Federal Court upheld the decision of the Human Rights Tribunal ordering the Band Council to pay social assistance to the complainants for their respective non-Indian spouses (with provision for retroactive payments), as well as specific damages set out in its decision.

The Shubenacadie Indian Band sought leave to appeal this decision to the Supreme Court of Canada. Application for leave to appeal was dismissed on February 1, 2001.[35]

A case involving the allocation of housing on Indian reserves by Band Councils, *Canada (Human Rights Commission) v. Gordon Band Council*,[36] contrasts sharply with the previous decision. Here a female registered Indian, member of the Gordon Band and married to a non-Indian, was consistently denied housing on the reserve by the Band Council over the course of many years. Her efforts to acquire housing on the reserve began soon after she had regained her Indian status and membership in the Band as a result of Bill C-31, legislation which repealed provisions in the Indian Act found to be discriminatory against women. (The repealed provisions stripped an Indian women of her status upon marriage to a non-Indian man, although the same rule was not applied to an Indian man who married

[33] *Constitution Act, 1867* (U.K.) 30 & 31 Vict., c. 3.
[34] *Supra*, note 29 at para. 58.
[35] (1 February 2001) No. 28078 (S.C.C.).
[36] (2000), [2001] 1 F.C. 124 (C.A.).

a non-Indian woman.) She ultimately filed a complaint with the Commission alleging that the Band Council had discriminated against her on the basis of sex, marital status and race.

In light of all the evidence before it, as well as a statement of agreed facts, the Human Rights Tribunal found a *prima facie* case that the Gordon Band Council had discriminated against the complainant on the basis of her marital status, her sex and the race of her husband. However, the Tribunal also concluded that the decision to deny housing to the complainant was one that was taken by the Band Council pursuant to section 20 of the Indian Act, thus engaging section 67 of the *Act*, which provides that nothing in the Act "affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act."[37] As a result, the Tribunal ruled that it was obliged to dismiss the complaint despite the finding of a *prima facie* case of discrimination.

The Federal Court of Appeal endorsed the conclusions of the Human Rights Tribunal. It affirmed a previous decision of the Federal Court to the effect that the wording of section 67 "refers not only to regulations or bylaws made under the authority of the *Indian Act*, but also to decisions that are an exercise of authority conferred by the *Indian Act*."[38] In the case at bar, the Court of Appeal concluded that the challenged decision of the Gordon Band Council was made in the exercise of its authority under section 20 of the *Indian Act*, specifically the provision which states that "no Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band."[39] It further concluded that the authority under section 20 included by necessary implication the authority to deny housing to the complainant.

The Court also rejected arguments based on alleged procedural deficiencies in the decision-making process of the Band Council. In this regard, the Court of Appeal ruled that "the immunity that section 67 gives the Gordon Band Council does not depend upon whether its decision to deny housing to the complainant is recorded formally in the minutes of the meetings, or whether some aspect of the decision making process was based on a housing policy or delegated to a committee, or whether it was based on a bylaw enacted

[37] *Supra*, note 2, s. 67.
[38] *Supra*, note 36 at para. 15. The Court quoted from: *Desjarlais (Re)* [1989] 3 F. C. 605 (C.A.).
[39] *Supra*, note 5, s. 20(1).

under section 81."[40] As a result, the Court concluded that the Tribunal had correctly applied the law in deciding that it did not have the jurisdiction to deal with the complaint.

The contrast in the final results of these two cases illustrates the very different consequences which discrimination may attract depending on whether or not the allegations are "pursuant to" provisions of the *Indian Act*. It may be that the only recourse for persons alleging discrimination which is "pursuant to" provisions of the *Indian Act* is to seek judicial review of decisions of band government under section 18.1 of the *Federal Court Act*.[41]

Tribunal Resolution of Complaints

Sex

A complaint of sex discrimination within an industry dominated by men was heard by a Human Rights Tribunal in the case of *Oster v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (Marine Section) Local 400*.[42] The complaint arose from a conversation that occurred in the office of the union president regarding the selection of candidates for a job as cook/deckhand aboard a vessel called the Texada Crown. Ms. Oster was informed by the union president, after speaking by telephone to a prospective employer (Norsk Pacific Marine Services), that the Texada Crown had no separate accommodations for women and that the job as cook/deckhand was therefore unsuitable for her. Another union employee present at the time of the conversation concurred in the conclusion advanced by the union president that the position in question was unsuitable for a woman. Because of this conversation Ms. Oster did not go to the hiring hall where assignments were formally decided, believing that she would have no chance of being selected as a candidate for the job.

Ms. Oster eventually filed a complaint against the union as an "employee organization" bound by section 9 of the *Act* not "to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would deprive the individual of employment opportunities, or limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual, where the individual is the member of the organization and where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual."[43] The facts of the complaint gave rise to two fundamental issues. First, did the incident in question reflect a practice or standard that established

[40] *Supra*, note 36 at para. 30.
[41] R.S.C. 1985, c. F-7.
[42] (9 August 2000), TD 4/00 (C.H.R.T.).
[43] *Supra*, note 1, s. 9.

a *prima facie* case of discrimination based on sex? And secondly, if so, did the practice or standard constitute a *bona fide* occupational requirement (BFOR).

The union argued before the Tribunal that the conversation in question was extraneous to the dispatch procedures that occurred in the hiring hall, and hence should not be construed as representing a union standard or practice. In this regard the Tribunal found that the union president had general supervisory authority and responsibility regarding the hiring process, although he had no day-to-day managerial responsibility over it. The Tribunal found that the exchange that took place between him and the other union employee was clearly related to the posted job of cook/deckhand aboard the Texada Crown: "By the end of that conversation, one could not have reasonably come to any other conclusion but that the Complainant would be discouraged from applying because the sleeping accommodations were not suitable for her as a woman."[44] The Tribunal therefore concluded that there existed a practice that discouraged women from applying for jobs on tugs where accommodations were "a little too close quartered".[45] This was sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination.

Turning to the issue of whether the practice was justifiable in terms of safety, efficiency or other legitimate reasons, the Tribunal first considered the relevance of arguments of the union based on the accepted fact that Ms. Oster would not have been eligible for the job in question due to lack of experience. As the experience standard was motivated by concerns about hazardous conditions and possibilities of injury, it was considered justified and not open to attack. Had this been the standard applied to Ms. Oster, the Tribunal concluded that she would ultimately not have been selected for the job in question. However, the evidence before the Tribunal showed that this neutral standard had not in fact been applied to Ms. Oster. It therefore remained for the Tribunal to assess the practice complained of by Ms. Oster, namely her exclusion from the hiring process in the circumstances of the case solely on the basis of her sex.

In reviewing the possible BFOR underpinning this employment standard, the Tribunal applied the three-fold test set out in the 1999 *Meiorin* decision of the Supreme Court of Canada, to the effect that a BFOR must be for a purpose rationally connected to job performance, be adopted in good faith with an honest belief that it

[44] *Supra*, note 42 at para. 42.
[45] *Ibid.* at para. 10.

was necessary for the fulfilment of the work related purpose, and be reasonably necessary to accomplish the work related purpose.[46] While this test was in the context of employer-imposed standards or practices, the Tribunal pointed out that the Supreme Court has extended its application to unions if they cause or contribute to discrimination by participating in the formulation of the discriminatory work rule. The Tribunal concluded that no legal impediment existed to a complaint against a union only.

As to the justification of the standard raised on the facts of the case before it, the Tribunal concluded that the union had not "advanced persuasive evidence that the so-called standard was adopted for a purpose or goal rationally connected to the function being performed nor was the standard adopted in good faith in the belief that it was necessary for the fulfilment of the purpose or goal."[47] Moreover, the Tribunal found that there was no evidence before it that would support the conclusion that it was impossible to accommodate Ms. Oster without imposing undue hardship. In the result, the Tribunal found that the union had failed to discharge the onus upon it of justifying its sex-based employment standard. As a remedy Ms. Oster was awarded $3,000 as special compensation. The Tribunal took the view that it would be inappropriate to give any award for lost wages, as no loss had been shown.

This case is interesting in that in the absence of a claim against the employer, the Tribunal imposed liability for the discrimination on the union. Despite the fact that the facilities on the ships were provided by the employer and arguably within its control, the complainant was not precluded from proceedings against the union only.

Sexual harassment

A Tribunal decision in a case pertaining to allegations of sexual harassment in the workplace canvassed numerous factual issues[48]. The Tribunal noted that its outcome depended "almost entirely on our assessment of the credibility of the principal witnesses, and ultimately, on the sufficiency of the evidence led by the Commission and Ms. Marinaki."[49] In its decision, the Tribunal set out the central legal principles applicable to cases of sexual harassment. It quoted the Supreme Court's definition of sexual harassment as "unwelcome conduct of a sexual nature that detrimentally affects the work

[46] *Ibid.* at para. 53.
[47] *Ibid.* at para. 86.
[48] *Marinaki v. Human Resources Development Canada* (29 June 2000), TD 3/00 (C.H.R.T.).
[49] *Ibid.* at para. 192.

environment or leads to adverse job-related consequences for the victims."[50] It also correctly pointed out that pecuniary loss is not a prerequisite to establishing a case of sexual harassment and that "for behaviour to amount to harassment, some element of repetition or persistence will usually be required, although in some situations , a single, serious incident may be sufficient to constitute harassment."[51]

The Tribunal succinctly summarized its factual conclusions about the general work environment in which Ms. Marinaki worked at the time of alleged sexual harassment: "...International Operations was an organization under significant stress. Employees felt overworked as a result of downsizing at a time when the workload was increasing. There was evidence of a generally harsh management style where, in order to meet production objectives, supervisors were not always professional in their dealing with employees. There was also a perception on the part of some employees of unequal treatment by management."[52] It was in this context that Mr. Scarizzi had a series of confrontations with Ms. Marinaki during which he became very angry and used vulgar and abusive language when addressing her. The Tribunal characterized this behaviour of Mr. Scarizzi as inappropriate, abusive and unprofessional. However, it also found that while the language used by Mr. Scarizzi could certainly have a sexual connotation, in the context in which it was used here, it was clearly an expression of anger and frustration and was in no way sexual in nature.[53] The allegation of sexual harassment was dismissed by the Tribunal (as well as an allegation of ethnic harassment).

Attempts were made by Ms. Marinaki and the Commission to amend the complaint to include an allegation of retaliation by her employer, Human Resources and Development Canada(HRDC). This raised the issue of whether the employer had adequate notice that retaliation would be an issue before the Tribunal, as well as the question of the applicability of certain statutory provisions introduced in 1998 that made retaliation a discriminatory practice under the *Act*.[54] Before these amendments, the *Act* made it an infraction punishable on summary conviction to threaten, intimidate or discriminate against an individual because the individual had made a complaint under the *Act*.

---

[50] *Ibid.* at para. 186, referring to the Supreme Court of Canada decision, *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252.
[51] *Ibid.* at para. 189.
[52] *Ibid.* at para. 193.
[53] *Ibid.* at para. 200.
[54] *Supra*, note 9, s. 14.

With respect to the allegation of retaliation, the Tribunal sided with arguments advanced by the employer-department that lack of notice placed the department in an unfair position. On the issue of whether the 1998 amendments to the *Act* could be applied to the case, the Tribunal pointed out that the events relating to the allegations of harassment occurred before the changes were adopted. Since retrospective application of statutory provisions is generally not allowed, the Tribunal rejected the notion that retaliation (defined as a discriminatory practice under the 1998 amendments[55]) could be raised in the case before it. To do otherwise would be akin to attaching new consequences to events that took place before the enactment was adopted. Thus, even if the Tribunal had allowed the complainant and the Commission to amend its general theory of the case to include retaliation, it lacked the jurisdiction to consider the issue.

Disability

Barriers that persons who are Deaf and hard of hearing experience with respect to gaining full access to CBC broadcasting were reviewed and evaluated by a Tribunal decision in *Vlug and Canadian Human Rights Commission v. Canadian Broadcasting Corporation*.[56] Evidence was presented (by Mr. Vlug) regarding specific instances when he was unable to fully enjoy certain broadcasting due to the lack of captioning. Further evidence was provided by the Executive Director of the Canadian Association of the Deaf that related to the sense of exclusion from society experienced by the Deaf and hard of hearing as a result (in part) of inaccessible television programming, and the importance of T.V. programming to the deaf as a source of information (both social and related to public safety).

The Tribunal had no trouble concluding on the basis of the evidence before it that a *prima facie* case of discrimination based on disability with respect to the provision of services customarily available to the public had been shown. This being the case, it fell to the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) to establish that there existed a *bona fide* justification for that denial of services within the meaning of s. 15(1)(g) of the *Act*. Pursuant to provisions under section 15(2) of the *Act* (adopted in June of 1998), a *bona fide* justification can only exist where it is proven that accommodating the needs of an individual or class of individuals would impose undue hardship, having regard to the factors of health, safety and cost.[57]

[55] *Supra*, note 9.
[56] (15 November 2000), TD 6/00 (C.H.R.T).
[57] *Supra*, note 9, s. 10.

The CBC led evidence regarding the difficulties and cost involved in ensuring that 100% of its broadcasting was captioned for the Deaf and hard of hearing. Budgetary information relating to CBC operations was also made available indicating the impact that such a hypothetical increase in costs would have in a time of cut-backs and constraints on funding. Nevertheless, the evidence showed that a significant increase in captioning had occurred over the past few years even though no increase in funding had been allotted to the costs of captioning. This had been made possible by promoting sponsorship of captioning by advertisers and by encouraging the issue of captioning to be considered in production and purchasing decisions. Both factors tended to widen the use of captioning without its costs being directly reflected in specific budgetary items.

In reviewing all the evidence relating to costs, the Tribunal expressed its concern that it was too often impressionistic and not based upon objective cost-related studies. The Tribunal found that no effort had been made to identify what portion of late night broadcasting (consisting in large part of films already captioned) would in fact have to be captioned, nor was there any policy in place giving preference to the purchase of products already captioned. The insufficiency and inconsistency of the evidence led the Tribunal to declare: "... while excessive cost may justify a refusal to accommodate those with disabilities, the adoption of a respondent's standard must be supported by convincing evidence. Impressionistic evidence of increased cost will not generally suffice."[58]

Similarly, the non-programming costs of captioning (i.e. commercials, 'promos', unscheduled news flashes) alleged by the CBC were not adequately proven by objective evidence. With respect to commercials, the Tribunal pointed out that some evidence before the court indicated that 70-75% of those broadcast nationally were already captioned, though there was nothing to establish what the situation might be at the level of local stations. Even the hypothetical increased costs of requiring all commercials to be captioned was, in the view of the Tribunal, predicated on the assumption that the total cost would fall to the CBC. The Tribunal felt that advertisers themselves might be quite willing to assume a portion of the financial consequences, and was not convinced that the CBC would suffer a competitive disadvantage by requiring that commercials be captioned. No study of any sort has been done in an attempt to quantify the economic consequences to the network that would result if it were to insist that all commercials be provided in captioned format.

[58] *Supra*, note 55 at para. 110.

"Further, no attempt had been made even to discuss the matter with any advertisers in an effort to determine whether such an initiative would in fact be met with resistance, or whether, with education, advertisers might not be persuaded to 'buy-in' to the concept."[59] In other words, the CBC had not explored all the viable forms of accommodation that might resolve the problem of access to advertising experienced by the Deaf and hard of hearing. Evidence with respect to 'promos' was also deficient in the eyes of the Tribunal, the hypothetical costs amounting to nothing more than a "guesstimate".[60] As to unscheduled news flashes, the Tribunal declined to accept the logistical and cost estimates put forward by the CBC, implying that they were significantly exaggerated.

While the crux of the Tribunal's finding turned upon the weakness of the evidence presented by the broadcaster,[61] two points made in the course of its analysis bear repeating. First, the standard or policy put in place by the CBC was designed to increase the use of captioning gradually, within the limits of its resources. This was characterized as an incremental approach, one that did not necessarily ensure that all broadcasting would be captioned. It is this policy that the decision of the Tribunal has effectively placed in question. This is clear when the main remedy issued by the Tribunal is considered: "The CBC's English language network and Newsworld shall caption all of their television programming, including television shows, commercials, promos and unscheduled news flashes, from sign on until sign off. As required by section 53(2)(b) of the Canadian Human Rights Act, this must occur on the first reasonable occasion."[62]

The Tribunal also commented on the standards and requirements issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the "CRTC") that apply to the CBC. With respect to captioning, the CRTC had on a number of occasions commended the CBC for significantly exceeding the CRTC imposed requirements.

---

[59] *Ibid* at para. 116.

[60] *Ibid* at para. 123.

[61] In summing up, the Tribunal said: "There is no doubt that the CBC is an organization under significant stress as a result of recent financial cuts. It may well be that, as a result of these pressures, the CBC did not fully turn its mind to the question of access to the deaf and hard of hearing. It may not have felt the need to do so, as, at least in recent years, the CBC has met the targets set for it by the CRTC. However, after considering all of the evidence adduced by the CBC in this case, I was left with the overwhelming impression that, although significant improvements to the level of captioning have been implemented in recent years, with a little corporate will and imagination, a good deal more could be done with respect to captioning without imposing an undue hardship on the CBC than has thus far taken place." *Ibid.* at para. 141.

[62] *Ibid.* at para. 144. The Tribunal also awarded Mr. Vlug damages for pain and suffering in the amount of $10,000.

In considering decisions made by the CRTC, the Tribunal noted that "...the CRTC applies a different test in the determination of the extent to which captioning must be provided from that applied by this Tribunal in dealing with a human rights complaint."[63] While it was prepared to give considerable weight to decisions of the CRTC on technical matters, the Tribunal found that issues related to the accommodation of the Deaf and hard of hearing could not be resolved by adopting requirements imposed by the CRTC.

An important step forward in the accommodation of Deaf and hard of hearing persons was also achieved in the case of *Simser v. Tax Court of Canada*.

Mr. Simser, who is Deaf, was an articling student with the Department of Justice from June 1997 to August 1998. As part of his duties, he was required to appear from time to time before the Tax Court of Canada. He requested that the Tax Court accommodate him by providing real time captioning during his appearance. When the Court refused to pay for the captioning, the Department of Justice agreed to pay for the costs associated with those services.

On January 13, 1999, Mr. Simser filed a complaint pursuant to section 5 of the *Act*, alleging that the Tax Court had discriminated against him in the provision of services customarily available to the public on the basis of disability by refusing to accommodate his request to provide real time captioning of the Court proceedings.

A Tribunal was appointed to hear the complaint and the proceedings were set to begin on September 11, 2000. However, prior to the beginning of the hearings, the Tax Court issued a notice to the legal profession dated September 5, 2000 which enacted the following policy, effective immediately:

- When a Deaf, deafened or hard of hearing person appears before the Court, the Registrar will arrange and pay for the services of a competent and independent real-time captionist or sign language interpreter or any other widely-recognized method of interpretation, as approved by the Registrar.

- The policy applies to all parties and witnesses appearing before the Court; and to all lawyers or articling students pleading before the Court.

[63] *Ibid.* at para. 32.

As a result of this policy change, Mr. Simser withdrew his complaint and a Notice of discontinuance was issued by the Tribunal.

The Commission has contacted other Federal Courts to encourage them to follow the lead of the Tax Court, and has informed Provincial Human Rights Agencies of this important development for the human rights of the deaf and hard of hearing in Canada.

A Tribunal decision in *Wachal and the Canadian Human Rights Commission v. Manitoba Pool Elevators*[64] demonstrates once again the important role that questions of evidence play in establishing facts crucial to a claim of discrimination. Ms. Wachal's employment with Manitoba Pool Elevators was terminated after only four months on the job because of excessive absences from work. During the four months she had been absent a total of 11 days on six separate occasions. Ms. Wachal claimed that her absences were the result of allergic and asthmatic reactions caused by renovations being carried out in the office building where she worked. She filed a complaint alleging that her employment had been terminated because of her disability and that no attempt to accommodate her condition had been made.

There was no dispute before the Tribunal about the fact that Ms. Wachal suffered from allergies and asthma. However, the link between this condition and her absences from work rested upon evidence that raised serious questions of credibility. For example, Ms. Wachal was absent from work twice before the renovations (allegedly the cause of her reactions) had commenced on her floor in the building where she worked. Moreover, all her absences (save one) occurred on the month-end and fiscal year reporting dates when the execution of her duties were particularly important. The Tribunal found that she "did not offer any credible explanation as to why the dust and allergens from the renovations caused her to suffer usually at month-end and not on any other days during the month. Nor did she provide any credible explanation as to why she did not tell Ms. Blundon or anyone else at Manitoba Pool Elevators, specifically that the renovations were causing her serious medical problems."[65] Added to this was what the Tribunal characterized as significant gaps in the medical evidence. This evidence was presented only in the form of written certificates and medical reports with no opportunity to question the doctor who prepared them. On their face, the written

[64] (27 September 2000), TD 5/00 (C.H.R.T).
[65] *Ibid.* at para. 39.

materials provided no details as to the nature of Ms. Wachal's disability or illness, nor any confirmation that such materials had been prepared following consultations with the patient. The Tribunal concluded that the medical evidence fell "short of supporting the conclusion that Ms. Wachal's absences from work were due to her disability."[66] The lack of credibility accorded the testimony of Ms. Wachal (who spoke of significant allergic reactions while at work) also prompted the Tribunal to accept more readily the testimony of another witness regarding the absence of noticeable symptoms related to Ms. Wachal's allergies and asthma. The Tribunal also noted that Ms. Wachal failed to call any co-workers who might have corroborated her testimony about allergic reactions in the work place. In light of all these evidential problems, the Tribunal found on a balance of probabilities that Ms. Wachal and the Commission had failed to prove that the complainant's absences from work were due to disability and that her employment had been terminated as a result of that disability.

An important decision concerning disability rights was released by the Supreme Court this year. The Court reviewed the scope of the term "handicap" under section 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*[67] in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City)*.[68] It interpreted the term by reference to the meaning given to the concept of "disability" under section 15 of the Canadian *Charter*. The issue came to the Supreme Court on appeal from two conflicting lower court decisions. One case had been dismissed because the objective medical evidence did not establish that the physical anomaly resulted in any functional limitation.[69] In the other, a narrow definition of what constituted discrimination based on handicap was widened to include a subjective component, i.e. the subjective perception of those making a decision that excludes an individual from an employment opportunity.[70] In neither case was there a dispute about the fact that employment decisions had been made on the basis that the physical anomalies were present, but did not result in any inability to perform the duties in question. However, the employers took the view that such conditions might in future result in a higher risk of absenteeism due to the development of various medical conditions.

---

[66] *Ibid.* at para. 45.
[67] R.S.Q. c. C-12.
[68] *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665.
[69] The conditions involved minor spinal chord anomalies that employers felt might lead to lower back pain problems in the future. See para. 3 of judgment, p. 671-672.
[70] In this case, the condition involved Crohn's disease, an intestinal inflammation.

On the issue of whether actual handicap must be shown in order to found a claim of discrimination, the Supreme Court declared that:

> "...the right to equality and protection against discrimination cannot be achieved unless we recognize that discriminatory acts may be based as much on perception and myths and stereotypes as on the existence of actual functional limitations. Since the very nature of discrimination is often subjective, assigning the burden of proving the objective existence of functional limitations to a victim of discrimination would be to give that person a virtually impossible task. Functional limitations often exist only in the mind of other people, in this case that of the employer."[71]

The comparative approach reflected in this judgment thus reinforced the conclusion that the notion of handicap "...can include both an ailment, even one with no resulting functional limitation, as well as the perception of such an ailment."[72] The notion of handicap was broad enough to prohibit discrimination based on the perceived possibility that an individual might develop a handicap in the future.[73] It stressed that the assessment of possible discrimination based on handicap (or disability) involves more than a strictly medical evaluation of a person's condition, though the latter is not irrelevant. In its own words:

> "This is not to say that the biomedical basis of "handicap" should be ignored, but rather to point out that, for the purposes of the Charter, we must go beyond this single criterion. Instead, a multi-dimensional approach that includes a socio-political dimension is particularly appropriate. By placing the emphasis on human dignity, respect, and the right to equality rather than a simple biomedical condition, this approach recognizes that the attitudes of society and its members often contribute to the idea or perception of a "handicap". In fact, a person may have no limitations in everyday activities other than those created by prejudice and stereotypes."[74]

---

[71] *Supra*, note 68 at para. 39 at p. 687.
[72] *Ibid.* at para. 72 at p. 697.
[73] With respect to the subject component, the Court declared: "The liberal and purposive method of interpretation along with the contextual approach, which includes an analysis of the objectives of human rights legislation, the way in which the word "handicap" and other similar terms have been interpreted elsewhere in Canada, the legislative history, the intention of the legislature and the other provisions of the Charter, support a broad definition of the word "handicap", which does not necessitate the presence of functional limitations and which recognizes the subjective component of any discrimination based on this ground." *Ibid.* para. 71 at p. 697.
[74] *Ibid.* at para. 77 at p. 699.

When all these factors are considered, and in light of the facts of the case before it, the Supreme Court found that the complainants had been the victims of discrimination based on disability.

Age

The proper time period to consider when assessing damages for lost wages suffered as a result of discrimination was reviewed by a Tribunal in the case of *Carter and the Canadian Human Rights Commission v. Canadian Armed Forces*.[75] The discrimination in question, which was not in dispute, concerned mandatory retirement policies of the Armed Forces. These policies had been declared discriminatory by a Tribunal decision of August 14, 1992.[76] The policies were subsequently brought within section 15(1)(b) of the *Act* by regulatory amendments adopted on September 3, 1992. Mr. Carter had been mandatorily released from the Armed Forces on May 27, 1992, after having reached the compulsory retirement age of 50.

Relying on the *Martin* decision, Mr. Carter and the Commission argued that the proper time period within which to calculate lost wages in this case should be two years. Instead, the Tribunal took the view that the amendments to the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*[77] (which brought the mandatory retirement rules within section 15(1)(b) of the *Act*) must be taken into consideration in calculating an award for lost wages: "When a discriminatory practice ends, this fact should be taken into consideration in determining the period of compensation for which a person can claim damages for lost wages."[78] Considering all the circumstances from which Mr. Carter's complaint arose, the Tribunal found that the appropriate time frame within which to calculate lost wages was that between the date of his mandatory release and the date of the amendments to the *Queen's Regulations*. This is a disappointing result for Mr. Carter given that his reasonably foreseeable loss continued after the amendments brought about by the *Queen's Regulations*. On a more positive note, the Tribunal agreed that pension income and severance pay should not be considered as earned income to be set-off against wages that would otherwise have been earned by the complainant.

---

[75] (2 March 2000), TD 2/00 (C.H.R.T.).
[76] *Martin v. Canadian Armed Forces* (1992), 17 C.H.R.R. D/435 (C.H.R.T.)[hereinafter *Martin* refers to C.H.R.T.].
[77] (1994 Revision), Volume 1 (Administrative), issued under the authority of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [hereinafter the "*Queen's Regulations*"].
[78] *Supra*, note 75 at p. 8 of 13.

Judical Review of Procedural and Jurisdictional Matters

Standards of independence and impartiality

In *Zundel v. Citron*,[79] the Federal Court of Appeal dealt with the standard of impartiality applicable to members of a Human Rights Tribunal. The issue emerged during the course of a hearing regarding a complaint that Mr. Zundel operated a website the content of which was likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, contrary to ss. 13(1) of the *Act*. A number of years prior to this complaint, Mr. Zundel had been convicted of the Criminal Code offense of wilfully publishing a pamphlet that he knew was false and likely to cause injury or mischief to a public interest (the pamphlet denied that the Holocaust had occurred). Mr. Zundel's conviction was ultimately overturned by the Supreme Court of Canada, which found that the criminal offense under which he had been convicted was contrary to freedom of speech under the *Charter*. After Mr. Zundel's trial, the then Chief Commissioner of the Ontario Human Rights Commission issued a press release in which he applauded Mr. Zundel's conviction and the sanctions imposed against him "for contradicting the truth of the suffering experienced by the Jewish people, which was visited upon them solely because of their religion and ethnicity."[80]

The Federal Court of Appeal ultimately decided that Ms. Devins was not subject to a reasonable apprehension of bias. It first set out the test that should be applied when considering such an accusation, citing the Supreme Court of Canada: "The apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. [...] [The] test is what would an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through conclude [...]".[81] With this test in mind, the Court of Appeal reviewed the content of the impugned news release and concluded that the statements reasonably attributable to the Ontario Commission as a whole were irrelevant to the issue to be determined before the Human Rights Tribunal. These statements concerned Mr. Zundel's denial of the Holocaust, a denial that had raised the issue of truthfulness at his criminal trial. With respect to a complaint under section 13(1) of the *Act*, the truth or non-truthfulness of statements is immaterial to whether the complaint is substantiated. Given this crucial difference in issues to be determined, the Court of Appeal saw no rational link between the statements attributable to the Ontario Commission (of which Ms. Devins was a member at the time) and the issue of reasonable apprehension of bias on the part of Ms. Devins as a member of a

[79] [2000] 4 F.C. 225 (C.A.).
[80] *Ibid.* at para. 3.
[81] *Ibid.* at para. 15, citing [1997] 3 S.C.R. 484, p.530.

Human Rights Tribunal 10 years later. While one statement in the news release directly attributable to the Chief Commissioner alone might have been material to this issue, the Court of Appeal ruled that it could not reasonably be attributed to Ms. Devins and hence could not be cited to establish a reasonable apprehension of bias on her part.

The Court of Appeal also commented on the issue of what standard of impartiality might be expected of administrative decision-makers with policy responsibilities. While it agreed that the case law established a lower threshold of impartiality for such decision-makers, and that in some cases boards might be charged with both adjudicative and policy-making functions and hence subject to a variable standard depending on the function being exercised, the Court of Appeal made it clear that the Human Rights Tribunal was purely adjudicative. It said: "...there is no statutory authority for the proposition that Parliament specifically envisaged that members of the Canadian Human Rights Tribunal would have engaged in policy-making functions with regard to the very same issues that they would later be asked to adjudicate."[82] With respect to the Ontario Human Rights Commission, the Court of Appeal noted that it was vested with policy-making functions and had an obligation to educate and inform the public. It disagreed that the press release issued by the Ontario Human Rights Commission was thoroughly inappropriate. In its view, the statements made therein were consistent with the Ontario Commission's statutory obligation to advance the policy of recognizing the dignity and worth of every person.

Mr. Zundel, in another application before the Federal Court, also sought to question the impartiality of the original decision of the Commission to appoint a tribunal to adjudicate the complaint regarding the website.[83] He argued that the Deputy Chief Commissioner had made speeches in which she expressed opinions on issues regarding the website, and the application of the *Act*, which are issues that a tribunal would be called upon to determine. As she participated in the decision to refer the complaint against Mr. Zundel to a tribunal, he argued that the referral process of the Commission was tainted with bias. Both a motions judge and the Federal Court of Appeal rejected the arguments of Mr. Zundel and refused his application for judicial review.[84]

[82] *Ibid.* at para. 61.

[83] *Zundel v. Attorney General of Canada et al.* (13 December 2000), No. A-388-99 (F.C.A.).

[84] Mr. Zundel also raised constitutional arguments related to the application of provisions of the *Act* to activities occurring outside Canada, as well as arguments based on the alleged breach of freedom of expression. The Court of Appeal found these arguments to be premature and essentially unrelated to the decision to refer the matter to a tribunal. It left open the question of whether they would be entertained at a later stage in the adjudicative process.

The issue of institutional impartiality and independence was raised generally in the case of *Bell Canada v. CTEA, CEP and Femmes Action and the CHRC.*[85] This is a major case involving pay equity in which Bell alleged that the Tribunal did not have the requisite independence and impartiality to dispose properly of the matter before it. Bell argued the Tribunal lacked institutional independence because it was bound by guidelines issued by the Commission, that it lacked security of tenure and financial security.

In reviewing the issue of institutional bias, the Federal Court emphasized that the independence and impartiality of judicial and quasi-judicial bodies are rooted in three core characteristics: security of tenure, financial security and administrative independence (as set out in *Valente v. The Queen et al.*[86]). The Court also recognized that administrative tribunals do not have to reflect the same degree of independence as actual courts of justice. In determining what degree of institutional independence is applicable to a tribunal, it is necessary to look at the functions being performed by the tribunal, its nature, and the interests at stake. As regards a human rights tribunal, the Court determined that a high level of independence is required because a human rights tribunal performs a pure adjudicative role with respect to rights and interests which are quasi-constitutional in nature.[87]

As regards the issue of the Commission's power to issue guidelines, the Federal Court found that the binding nature of the guidelines is incompatible with the guarantees of institutional independence and impartiality. As the Court declared: "It gives the Commission a special status that no other party appearing before the tribunal could enjoy. It can influence the Tribunal in telling it how to interpret the law...This power is quite unique. No regulation-making power in any legislation allows a party to determine the extent and manner to which the enabling legislation is to be interpreted."[88] On this basis alone, the Federal Court ruled that there was a reasonable apprehension of institutional bias.

In reaching this conclusion, the Federal Court rejected arguments to the effect that the *Equal Wages Guidelines,*[89] issued in accordance

---

[85] (2 November 2000), No. T-890-99 (F.C.A.). This decision flows from and is related to another Federal Court decision that dealt with identical and similar issues, often referred to as Bell decision no. 4 (See: [1998] 3 F.C. 244).
[86] *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673. See also [1998] 3 F.C. 244 (F.C.T.D.) (Bell Canada decision no. 4).
[87] *Supra*, note 85 at para. 67.
[88] *Ibid*, paras. 76-78.
[89] SOR/86-1082.

with the *Statutory Instrument Act*,[90] should be construed as regulations and thus not open to the reproach of tainting the institutional independence and impartiality of the Tribunal. Moreover, in the Court's view, the Tribunal has no jurisdiction to declare such guidelines of no force and effect. Because the *Act* does not give to a human rights tribunal the general power to consider questions of law, such a tribunal cannot consider the constitutional validity of a statutory or regulatory provision. A tribunal's authority is restricted to interpreting and applying the *Act* for the purposes of resolving disputes before it. In support of its position, the Court adopted the reasoning in the Supreme Court decision of *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*.[91]

The Federal Court also considered the power of the Chairperson of the Tribunal to extend the mandate of a tribunal member which expires during the course of a hearing. On this point, the Federal Court adopted reasoning of the Supreme Court to the effect that "security of tenure requires that the tenure of a decision-maker must not be subject to any form of interference that is discretionary or arbitrary."[92] On this basis, the Court found that:

> "[t]he principle of institutional independence requires that a tribunal is structured to ensure that the members are independent. In the case at bar, the ability of a member to continue a case will depend on the discretion of the Chairperson. The difficulty is not necessarily in the manner in which the discretion is exercised but rather in the existence of the discretion itself... There exists no objective guarantee that the prospect of continuance of a tribunal member's duties after expiry of his or her appointment would not be adversely affected by any decisions, past or present, made by that member."[93]

In light of the problems regarding the Tribunal's institutional independence, the Federal Court quashed the preliminary decisions made by the Tribunal and ordered that no further proceedings be

---

[90] R.S.C. 1985, c. S-22.

[91] [1996] 3 S.C.R. 854. Here the Court ruled: "...a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the efficient and timely adjudication of human rights complaints. Page 897.

[92] *Supra*, note 85 at para. 106.

[93] *Ibid.* at paras. 109 and 111.

conducted regarding the complaint until the problems had been corrected. The Commission is appealing this decision to the Court of Appeal.

Given the wide-ranging consequences of the decision in the Bell case reviewed above,[94] it is perhaps not surprising that persons appearing before other human rights tribunals would attempt to invoke the authority of that decision in an attempt to discontinue other hearings. This was the case in *Zundel v. Canadian Human Rights Commission et al.*,[95] in which Mr. Zundel raised arguments regarding the Tribunal's institutional independence similar to those made by Bell Canada. His arguments were raised after the commencement of proceedings, but soon after a relevant decision in the Bell case had been rendered. The Tribunal ruled that he had waived his rights to challenge the institutional independence of the Tribunal.

The Federal Court of Appeal ultimately upheld the Tribunal's decision. The Court pointed out that ample case law exists supporting the proposition that the doctrine of waiver is applicable to allegations of institutional bias. The Court of Appeal also rejected Mr. Zundel's contention that he had never in fact waived his right to object to the Tribunal's lack of independence and impartiality. While the Court recognized that a waiver must be made freely and with full knowledge of all relevant facts, it also concluded that:

> "...it was the provisions of the Act itself as they stood at the time the hearing commenced which created the reasonable apprehension of bias, and that nothing prevented the appellant from challenging the validity of the proceedings at the outset on that basis. The decision in the [Bell case] changed nothing in this regard and presented the appellant with no new facts. It merely alerted the appellant to the deficiency in the statute. It seems to me, therefore, that this was not a reason for failing to raise the issue of institutional independence at the outset. Instead of doing so, the appellant, who was represented by counsel throughout, proceeded with the hearing before the Tribunal without raising the slightest objection up to the time that he filed [his] motion."[96]

In light of these conclusions, Mr. Zundel's motion was dismissed.

---

[94] As well as the related decision known as Bell decision no. 4: see note 85.
[95] (10 November 2000), No. A-215-99 (F.C.A.).
[96] *Ibid.* at para. 8.

Judicial review of interlocutory decisions

This year the Federal Court confirmed its reluctance to review interlocutory decisions before the proceedings as a whole have been brought to an end. This issue also arose in the Zundel case, though in a separate decision.[97] In the course of proceedings before the Tribunal, Mr. Zundel wished to pursue a certain line of cross-examination to which objection had been made. The Tribunal ruled against him. He also tendered a witness whom he wished accepted as an expert in his field. The Tribunal refused to qualify the witness. Mr. Zundel applied for judicial review of both of these decisions before completion of the hearing before the Tribunal.

The Federal Court of Appeal (to which the matter came after the Motions Judge had decided in Mr. Zundel's favour) set out the general rule that, absent jurisdictional issues, rulings made during the course of a tribunal proceeding should not be challenged until the tribunal's proceedings have been completed. The Court emphasized that the rationale for this rule "...is that such applications for judicial review may ultimately be totally unnecessary: a complaining party may be successful in the end result, making the applications for judicial review of no value. Also, the unnecessary delays and expenses associated with such appeals can bring the administration of justice into disrepute."[98] While Mr. Zundel argued that the two decisions under review were so significant that they went to the very jurisdiction of the Tribunal, the Court of Appeal disagreed. It stated:

> "The rulings at issue in these appeals are mere evidentiary rulings made during the course of a hearing. Such rulings are made constantly by trial courts and tribunals and if interlocutory appeals were allowed from such rulings, justice could be delayed indefinitely. Matters like bias and a tribunal's jurisdiction to determine constitutional questions or to make declaratory judgments have been held to go to the very jurisdiction of a tribunal and have therefore constituted special circumstances that warranted immediate judicial review of a tribunal's interlocutory decision."[99]

In light of these considerations, Mr. Zundel's arguments were rejected and the decision of the Motions Judge overturned.

The Federal Court had occasion to reaffirm the approach set out in the *Zundel* decision in two applications for judicial review of interlocutory decisions arising in the case of *Bell Canada v. CTEA,*

---

[97] *Zundel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255 (C.A.).
[98] *Ibid.* at para. 10.
[99] *Ibid.* at para. 15.

CEP and Femmes Action and the CHRC.[100] The case concerns a long-standing pay equity dispute. One application dealt with, *inter alia*, a preliminary motion to have the complaints dismissed as being void for vagueness or void as lacking the essential elements of a valid complaint. The second application concerned the alleged confidentiality of documents that Bell wished to exclude from evidence before the Tribunal. Both motions were dismissed by the Tribunal.

In two applications for judicial review, the Federal Court found that it was premature to challenge the validity of the interlocutory decisions made by the Tribunal. With respect to the first application, the Court could see no special circumstances, such as a possible error going to jurisdiction or a decision dispositive of a substantive right, that would cause it to exercise its discretion to intervene. In so doing it referred to and applied the reasoning in the *Zundel* decision, as well as emphasizing that the applicant (Bell) would suffer no serious hardship if it were required to continue before the Tribunal without having the questions raised in its application resolved. Should Bell lose on the underlying case, the Court pointed out that it could ultimately bring an application for judicial review of the final decision under section 18.1 of the *Federal Court Act*[101], at which time a Court could consider the alleged error in dismissing the preliminary motions. With respect to the second application, the Court once again adopted the reasoning in the *Zundel* decision, indicating that interlocutory decisions made on most evidentiary matters did not go to the jurisdiction of a tribunal. The Court also ruled that a decision to admit evidence that is relevant is not the same as rejecting evidence which would have an impact on the fairness of the proceedings and amount to a breach of the rules of natural justice. The right of a person affected by a decision to be heard is an important component of the rules of natural justice, but this right is not offended when evidence is heard over the objections of a party. In the latter case, "[t]he reception of that evidence may subsequently give rise to an allegation that the Tribunal has acted on the basis of irrelevant considerations but only after the Tribunal has made a decision on the merits."[102]

In rejecting both applications, the Court considered the issue of whether some sanction should be imposed on Bell for having caused delay and additional expenditures by bringing an application for judicial review that ultimately failed. The respondent had argued that

---

[100] (20 June 2000), No. T-756-00 (F.C.T.D.); (7 July 2000), No. T-2281-99 (F.C.T.D.).
[101] *Supra*, note 41, s. 18(1).
[102] *Ibid.*, No. T-756-00 at para. 15.

the case reflected a type of practice that should be discouraged. While the Court was partially sympathetic to the concerns raised by the respondent, it did not feel it had sufficient evidence before it to make a definitive conclusion. It stated: "It is obvious that proceedings such as this hinder and delay the work of a body charged with discharging a statutory duty. However, in the absence of some evidence of an intent to delay or to wage litigation by attrition, I am not prepared to sanction Bell by the imposition of solicitor and client costs. But given the efforts to which the respondents were put, they shall have their costs at the high end of Column V, payable upon assessment."[103]

Judicial review of Commission decisions — confirming and clarifying the duty of procedural fairness

The Federal Court reviewed several cases in which the Commission dismissed complaints of discrimination. It was confirmed in *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*[104] that the standard of review of a decision of the Commission to dismiss a complaint requires a very high level of deference by the courts. Only where there has been a breach of procedural fairness or a decision is reached that can not be supported on the evidence before the Commission will a court intervene. It is not the court's task to re-examine the evidence and come to its own conclusion. In the case before it, the Federal Court dismissed the applicant's application for judicial review, noting that he had the opportunity to comment upon the investigator's report, which he did so in writing, and that those comments as well as the report were before the Commission at the time of its decision.

A similar conclusion was reached in the case of *Close v. Air Canada*.[105] Here the Federal Court reiterated that the Commission's decision to dismiss a complaint need not be arrived at by strict adherence to the formal rules of natural justice that would apply to a judicial proceeding. In the case before it, the Court found that the parties involved were asked to submit their position in writing as well as any documentation relevant to the complaint. The respondent in the matter did so, and following the investigator's report, the complainant made her own submissions. Since there was nothing procedurally unfair in the process, and the decision of the Commission was not based on erroneous findings of fact made in a perverse and capricious manner, the decision of the Commission to dismiss the complaint was upheld by the Court.

---

[103] *Ibid.* at para. 21.
[104] (27 March 2000), No. T-1327-99 (F.C.T.D.).
[105] (27 March 2000), No. T-496-99 (F.C.T.D.).

An example in which the Commission was found to have breached procedural fairness is the case of *Hutchinson v. Honourable Christine Stewart (Minister of Environment Canada)*.[106] Following the investigation of the complaint, the Commission concluded that the circumstances of the case could not support a finding of discrimination and that the government department in question had in fact attempted to accommodate the complainant's disability. The Commission therefore declined to request the appointment of a tribunal to adjudicate the dispute. In an application for judicial review of this decision, Ms. Hutchinson contended that the Commission had failed to inform her of information transmitted to it by the respondent department (Environment Canada) regarding her complaint. As a result, she was not given the chance to respond fully to the position adopted by the respondent department with respect to the complaint filed against it. Specifically, a letter sent to the investigator assigned to the complaint raising a number of points relevant to the case was never transmitted to the complainant. The Federal Court found that much of the information contained in this letter (prepared by an Environment Canada inspector) was not in a departmental report sent to the Commission investigator and made available to Ms. Hutchinson. Given the relevance of information contained in the letter, procedural fairness required the Commission to apprise Ms. Hutchinson of its contents. As the Court said: "[t]he investigator was required to act fairly to the applicant and in order to act fairly to Ms. Hutchinson, the inspector should have advised Ms. Hutchinson of the statements contained in the October 22, 1997 letter so that she could have responded to the statements."[107] A further breach of procedural fairness was committed by the Commission by the failure of its investigative branch to transmit to Ms. Hutchinson a copy of a Public Service Staff Relations Board decision (regarding Ms. Hutchinson) that had been sent to it by the respondent department after the deadline for submissions had passed. While this decision was not forwarded to the Commission itself, the Federal Court nonetheless concluded that it was a breach of procedural fairness not to have sent the decision (critical of Ms. Hutchinson) to the complainant for her comment.

The refusal of the Commission to accept a complainant's request to amend the grounds of his complaint may amount to a breach of the Commission's duty to deal with complaints under section 41. This possibility arose in the case of *Tiwana v. Canadian Human Rights Commission et al.*[108] where the complainant, after a complaint form

[106] (26 October 2000), No. T-1072-98 (F.C.T.D).
[107] *Ibid.* at para. 36.
[108] (29 November 2000), No. T-60-00 (F.C.T.D.).

had been signed and an investigation was underway, expressed the desire to expand the scope of his complaint beyond the issue of discrimination based on age, to include the issue of discrimination based on race. The complainant alleged that he had always assumed that the possibility of race or colour discrimination would be included in any investigation. After various communications in this regard, the complaint received word from the investigator that no amendment to the existing complaint could be accepted, but that he was free to submit another separate complaint dealing with the supplementary accusations. However, the investigator informed the complainant that the two year delay since the time of the alleged discrimination would result in a recommendation to the Commission that such a complaint be dismissed as out of time.

While the complaint based on age discrimination was rejected by the Commission following the investigation, the complainant sought judicial review of the refusal to amend his original complaint to include race and colour discrimination. On the facts of the case, the Federal Court determined that the complainant had communicated his desire to amend the original complaint. His failure to initiate a separate complaint raising the new grounds was clearly related to the fact that a recommendation would be made by the investigator to dismiss it as out of time. In the circumstances the failure to make a fresh complaint could not, in the view of the Court, be relied upon as a ground for not dealing with the complaint of race discrimination. The Court took the view that the appropriate route to have followed would have been an amendment to the existing complaint. In other words, "section 41 does not authorize the Commission to refuse to deal with a complaint on the ground of procedural irregularity."[109]

For these reasons, the application of the complainant was allowed and the Commission was ordered to deal with the complaint of race discrimination as an amendment to the original complaint, pursuant to section 41 and, if necessary, section 42 of the *Act*.

In another case, *Singh v. Canada Post Corporation et al.*,[110] the Federal Court emphasized that erroneous findings of fact must relate to significant elements of a case if they are to be considered important on judicial review. Where an error is inconsequential to the decision of the Commission, it will carry little or no weight if that decision is judicially reviewed. In the case before it, the Court noted that an investigator had made an error in reporting that Mr. Singh had

[109] *Ibid.* at para. 31.
[110] (19 June 2000), No. T-157-97 (F.C.T.D.).

been warned about sexual harassment in writing, when in fact this had not occurred. Nevertheless, Mr. Singh's knowledge and awareness of what constituted sexual harassment, as well as his employer's policy regarding it and Mr. Singh's disregard of it, were facts that had been well established on the evidence as a whole. The Court therefore characterized the investigator's error as inconsequential and denied Mr. Singh's challenge to the Commission's decision to dismiss his complaint of discrimination based on race or ethnic origin.

The issue of what procedural standards should apply to the Commission when it makes a preliminary decision, under section 41 of the *Act*, to accept and deal with a complaint was also considered by the Federal Court of Appeal in *Canada Post Corporation v. Barrette*.[111] The preliminary screening stage takes place before an investigation is conducted by the Commission. Since considerable deference is given to the Commission regarding decisions made in the context of investigations, the Court of Appeal recognized that even more deference should be given to decisions taken at the initial screening stage under section 41. However, the Court emphasized that the Commission must not take its initial screening function lightly, and thus cannot ignore submissions made to it by persons against whom allegations of discrimination have been made. The Commission may not simply ignore or routinely dismiss submissions made by a person at the preliminary screening stage on the ground that in any event that person still has the opportunity to reiterate its submissions at a later stage in the complaint handling process.[112] While no stringent standards of procedural fairness are imposed on the Commission at this stage of its proceedings, it is expected to "do its work diligently".[113]

Regarding the case before it, the Court of Appeal found that Canada Post had made representations to the Commission that the complaint should be dismissed prior to investigation because the matter had been dealt with through four grievances filed under the *Canada Labour Code*.[114] The Court of Appeal found that the Commission made no effort to review the decision of the arbitrator under the *Canada Labour Code*. In the words of the presiding judge: "Clearly, in my view, the Commission must turn its mind to the decision of the arbitrator, not to determine whether it is binding on the Commission, but to examine whether, in light of that decision and

---

[111] [2000] 4 F.C. 145 (C.A.) [hereinafter *Barrette* cited to F.C.A.].
[112] *Ibid.* at para. 24.
[113] *Ibid.* at para. 25.
[114] *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2.

of the findings of fact and credibility made by the arbitrator, the complaint may not be such as to attract the application of para. 41(1)(d)."[115] The Court of Appeal therefore set aside the decision of the Commission to deal with the complaint and sent the matter back to the Commission for reconsideration in light of the reasons set out in its judgment.

Similar issues about how the Commission should exercise its discretion under s. 41(1) arose in the case of *Canada Post Corporation v. Attorney General of Canada et al.*,[116] where the Commission had decided to deal with a complaint after considering whether the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint related ought to have exhausted grievance or review procedures otherwise reasonably available [s. 41(1)(a)]. The Commission decided to proceed with the complaint and this decision was communicated to Canada Post.

The Federal Court confirmed the narrow scope of judicial review of decisions made by the Commission under s. 41(1), emphasizing that only "considerations such as bad faith by the Commission, error of law or acting on the basis of irrelevant considerations are applicable."[117] A certain standard of procedural fairness is required as a matter of law but this is limited to the requirement that the "Commission inform the parties of the substance of the evidence obtained and give them the opportunity to respond to the evidence".[118] In the case before it, Canada Post had been informed of the preliminary analysis of the complaint and had in fact made submissions to the Commission. Since this satisfied the standard of procedural fairness, and since the Commission had not based its decision on any erroneous finding of fact, the application of Canada Post to overturn the decision was dismissed.

Stay of proceedings

In *Canadian National Railways v. Leger and CHRC*,[119] an application was made to the Federal Court for a stay of proceedings of a hearing to be conducted before a Human Rights Tribunal. The Tribunal itself had denied Canadian National Railway's (CNR) request that the hearing on the complaint be postponed until such time as CNR's preliminary challenge to the legality of that hearing was disposed of

---

[115] *Barrette*, *supra*, note 111 at para. 28.
[116] (6 April 2000), No. T-2427-98 (F.C.T.D.).
[117] *Ibid.* at para. 22. Referring to *Canada Post Corporation v. Canadian Human Rights Commission and Canadian Postmasters and Assistants Association* (8 May 1997), No. T-2788-94 (F.C.T.D.).
[118] *Ibid.* at para. 22 and 27.
[119] (22 February 2000), No. T-1547-99 (F.C.T.D.)[hereinafter *Leger* cited to F.C.T.D.].

by Federal Court. With respect to an application for a stay of proceedings, the Federal Court confirmed that a stringent three-pronged test must be applied. In order to succeed an applicant must establish that (1) there is a serious issue to be tried; (2) it will suffer irreparable harm if the relief is not granted; and (3) the balance of convenience favours granting the stay.

Evaluating the seriousness of an issue at this stage does not require a detailed assessment of its merits. It is sufficient that the evaluation be conducted "on the basis of common sense and an extremely limited view of the case on the merits..."[120] The Court also emphasized that unless the case on its merits is frivolous or vexatious a judge should pass on to the other two stages of the three-pronged test. On the case before it, the Court accepted that arguments based on *res judicata*, as well as those related to a six year delay between the alleged act of discrimination and the commencement of proceedings, involved issues sufficiently serious to satisfy the first stage of the test. However, on the issue of irreparable harm the Court disagreed with the arguments put forward by the applicant. The latter had argued that the six year delay before commencement of proceedings gave rise to substantial procedural unfairness and abuse of process, for the erosion of witnesses' memories, the unavailability of witnesses and inability to procure proper medical evidence would deprive the applicant of its right to make full answer and defence. The Court felt that these were evidential matters with which the Tribunal was fully competent to deal, and thus did not raise the likelihood of irreparable harm to the applicant. The Court also decided that the demands of litigation (the expenditure of considerable time, effort, energy and cost) would not constitute irreparable harm in and of themselves in the absence of some act of negligence on the part of the Commission.

While its conclusion on the second stage of the test obviated any real need to proceed to the final consideration involving the balance of convenience, the Court nonetheless pointed out that there is a strong public interest in having Human Rights Tribunals' hearings proceed as expeditiously as possible. In the case at bar, the Court could find no reason to believe that granting a stay of proceedings would only result in a brief delay. Not only was there a possibility of appeal, there was no evidence before the Court to suggest that the hearing of the Human Rights Tribunal could be rescheduled without causing further delay.

---

[120] *Ibid.* at para. 5. Referring to *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

An application for a stay of a Federal Court order was made in the case involving Bell Canada. As discussed above, Bell Canada was successful in its challenge to the tribunal's institutional independence and impartiality, and the Federal Court issued an order precluding any further proceedings until such time as the legislative deficiencies giving rise to a perceived lack of independence were corrected. The complainants sought to have this order stayed so as to allow proceedings before the Tribunal to continue while the decision of the Federal Court on the issue of institutional independence was appealed.[121]

In deciding this matter, the Federal Court of Appeal applied the same three-pronged test explained above in *Leger*. The Court had no trouble in determining that the grounds upon which the appeal against the court order was based involved serious questions of law. It then reviewed the possible irreparable harm that could be caused the applicants, emphasizing that a delay in the obtaining of a monetary remedy does not normally qualify as such harm. However, the Court considered further arguments to the effect that the already long delays in the pay equity dispute, corporate restructuring of Bell, lay-offs, retirements and deaths could very likely result in the complainant's losing contact with numerous persons who would benefit from the favourable resolution of the pay equity dispute. These people would therefore be precluded from sharing in the remedies that a tribunal might ultimately award. In the face of evidence from Bell that complete lists of employees, pensioners and former employees who wish to remain in touch were available, and that little effort had been made by the complainants to compile their own lists, the Court determined that the risk of losing track of people could not be construed as the kind of irreparable harm that would justify a stay. The Court also ruled that delays *per se* resulting in stress to the parties do not necessarily give rise to irreparable harm, especially where difficult and complex legal issues are at stake. Nor does the possibility that the mandates of some tribunal members might expire before the conclusion of the proceedings give rise to irreparable harm. The Federal Court also pointed out the unusual nature of this particular application for a stay: "In most cases in which a stay of proceedings is sought in the context of proceedings before tribunals, a party is seeking to stop the proceedings pending a decision on the merits. Here, a party is seeking to have proceedings resume in the face of a judicial determination of a fatal flaw in the governing statute. Bell Canada should not lightly be denied the benefit of that decision..."[122] The application for a stay was therefore dismissed.

---

[121] *CEP, CHRC, CTEA and Femmes Action v. Bell Canada* (29 November 2000), No. A-698-00 (F.C.A.).

[122] *Ibid.* at para. 22.

The Supreme Court of Canada has recently had the occasion to consider a lower court order to stay proceedings before a human rights tribunal in British Columbia, in a case in which the Commission was granted leave to intervene.[123] The matter involved a complaint of sexual harassment brought against a prominent provincial politician (and member of cabinet) which took more than 30 months to reach the adjudicative stage. The two complaints to the B.C. Human Rights Commission were filed some six months after allegations of sexual harassment had been made against the provincial cabinet minister (Mr. Blencoe) by his office assistant, which allegation generated great media attention and resulted in Mr. Blencoe's removal from cabinet and ultimate dismissal from his party's caucus. The circumstances surrounding the complaints before the B.C. Human Rights Commission predated or were unrelated to the incidents complained of by the female office assistant who had originally gone public with her allegations of sexual harassment. It was not until 2 1/2 years after the filing of the two complaints that hearings were scheduled to take place before a human rights tribunal.

A majority of the Supreme Court of Canada concluded that the type of psychological harm that section 7 of the *Charter* protects includes only that which is actually caused by the State and can be characterized as "serious". In the case at bar, a significant part of the prejudice suffered by Mr. Blencoe was related to the intense media attention given the original allegations of his office assistant (who was not involved in the complaints before the Human Rights Commission) and his consequential removal from cabinet and his party's caucus. The Supreme Court felt there was an insufficient causal nexus between the proceedings before a provincial human rights tribunal (including all the attendant delays) and the degree of stress and psychological damage suffered by Mr. Blencoe, who also faced an ongoing civil suit related to the allegations. The Court also determined that the delay did not seriously exacerbate the damage that Mr. Blencoe had already suffered as a result of adverse publicity and stigma surrounding his dismissal from cabinet. Even if a sufficient causal nexus were presumed to exist, the Supreme Court further decided that section 7 of the *Charter* does not protect a free standing individual right to dignity, or protection from the stigma associated with a human rights complaint. Only a narrow range of circumstances involving delays could engage the protections set out in section 7: "It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that

[123] *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)* (5 October 2000), No. 26789(S.C.C).

state-caused delay in human rights proceedings could trigger the s. 7 security of the person interest."[124]

Given section 7 protections were not applicable in the circumstances of this case, consideration was briefly given to the possibility of remedies under administrative law. In this regard, the Court pointed out that a stay of proceedings is available where State-caused delays in proceedings have compromised the ability of an individual to have a fair hearing, or where the delays are such as to bring the administration of justice into disrepute. The Court could not conclude that the circumstances surrounding the delays in this case satisfied these requirements, nor that the alleged abuse of process was such as to constitute oppressive conduct by State authorities and hence susceptible to a lesser administrative law remedy. For all of these reasons the stay of proceedings issued by the B.C. Supreme Court was overturned.

The disclosure of documents and claims of public interest immunity

The production of documentary evidence is often an important element in cases heard before a Human Rights Tribunal. The issue of the Tribunal's jurisdiction to decide certain issues of admissibility came before the Federal Court in *Government of the Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada and Canadian Human Rights Commission*.[125] In a hearing involving the issue of pay equity, the Government of the Northwest Territories (GNWT) objected to a Tribunal order to produce certain documents which it claimed were subject to public interest privilege. The Tribunal had ordered their production in order to determine whether, in its view, the claim for public interest immunity should be upheld. The GNWT challenged the validity of this order and sought judicial review of the jurisdiction of the Tribunal to determine the issue of public interest immunity. Parallel to this application, the PSAC and CHRC sought an order of the Federal Court to dismiss the objection of the GNWT to the production of the documents in question. The Federal Court dealt with both the jurisdictional issue as well as the substantive elements of the claim that public interest privilege attached to the documents in question.

In reviewing jurisdictional issues, the Federal Court rejected the argument that the issue of public interest immunity involved an evidential matter over which the Human Rights Tribunal had full authority. This issue was governed by section 37 of the *Canada Evidence Act* (CEA).[126] The provisions of that section recognize,

---

[124] *Ibid.* at para. 83.
[125] (11 October 2000), No. T-1571-00 (F.C.T.D.).
[126] *Supra*, note 6.

inter alia, that where a Minister of the Crown in right of Canada or other interested person objects to the disclosure of information on the grounds of a specified public interest before a body vested with power to compel production by or pursuant to an Act of Parliament, the matter will be determined by the Federal Court Trial Division in accordance with the rules set out in that section. While section 37 also empowers a superior court to decide such questions, the Federal Court concluded that the Human Rights Tribunal could not be construed as such a court for the purposes of section 37. The Court therefore concluded that "in the case of objections to disclosure of information by the federal government or its agencies, in which I would include the Government of the Northwest Territories which acts pursuant to federal statutes, the general provisions of the Human Rights Act do not, in my opinion, create an exception to the application of ss. 37 to 39 of the CEA. When the objection was here raised by the GNWT with the Tribunal, the latter had no authority, in my view, but to leave to the determination of this Court whether the objection on grounds of public interest immunity should be respected."[127]

As to the merits of the objection, the Federal Court made it clear that no blanket immunity will attach to documents simply because they were used by, or prepared for, the executive arm of government. As the Court declared: "The general public interest in maintenance of confidential documents for efficient working of Cabinet government, without some other identified public interest, does not outweigh the public interest in the administration of justice, here involved in the Tribunal's inquiry into a major complaint of unlawful discriminatory treatment of certain employees."[128] The Federal Court acknowledged that it should proceed cautiously in weighing a specific public interest advanced for a claim of immunity. Factors to consider include the level of decision making process involved, the particular content of documents and the time when a document or information is to be revealed in relation to the level of public interest which might seriously inhibit proper functioning of Cabinet government.

In the case at bar, the GNWT identified the specific public interest for which protection was sought as being "effective collective bargaining with public sector employees' unions, and with related matters affecting employees' interests, such as job classification systems."[129] While the Court conceded that confidentiality concerning a government's strategy and planning of collective

[127] *Supra*, note 125 at para. 35.
[128] *Ibid.* at para. 17.
[129] *Ibid.* at para. 24.

bargaining was an important public interest, it was only so during a time frame of relevance to the bargaining process. As the Court said:

> "...public interest immunity in that information, without some greater explanation or evidence of prejudice, would not extend beyond conclusion of a collective agreement, unless the information concerns an ongoing matter of difference that is likely to be the subject of bargaining in a future round. A report on matters that have been agreed upon in the bargaining could hardly qualify as privileged on grounds of public interest some months or years after the agreement reported upon is in effect."[130]

The principles set out in this judgement were used by the Federal Court to review the documents for which a public interest had been claimed. Some of the information contained in these documents was ordered produced before the Human Rights Tribunal. Where some of the information in a given document was covered by public interest immunity, those parts were ordered excised before the remainder of the document was produced before the Tribunal. The Court further ordered the Tribunal to consider any other grounds of privilege, not related to public interest immunity under s. 37 of the CEA, that might be claimed by the GNWT with respect to the information released pursuant to the Court's order. Claims of privilege unrelated to s. 37 of the CEA were thus considered evidential matters with which the Human Rights Tribunal was fully competent to deal.

Settlement prior to adjudication

Given the role that settlement is intended to play under the *Act*, section 48 was amended in 1998 to provide for settlements between the parties at any time before the commencement of a hearing before a Human Rights Tribunal. Section 48 of the *Act* also provides that the settlement, once approved by the Commission, may be made an order of the Federal Court upon application to that Court by the Commission or a party to the settlement. In cases where the parties to a settlement agree to make it a court order, the Federal Court has ruled that proceedings leading to that result can be commenced by way of notice of motion with supporting affidavit and written submissions. Although the specific matter before it had been brought by way of application,[131] and hence could not technically be disposed of summarily upon consent of the parties, the Federal Court determined that the Rules of Court allowed the parties to be relieved of the obligation to comply with the relevant rules and to have the matter disposed of by way of written submissions.

---

[130] *Ibid.* at para. 24.

[131] *Attorney General of Canada v. National Indian and Inuit Community Health Representatives Organization* (23 June 2000), No. T-981-00 (F.C.T.D.).

Table of Cases

Age

Attorney General of Canada v. Singh and CHRC (4 April 2000), No. T-2116-98 (F.C.T.D.).

Carter v. Canadian Armed Forces (2 March 2000), TD 2/00 (C.H.R.T.).

Aspects of Equality

Chief and Council of the Shubenacadie Indian Band v. MacNutt and CHRC et al. (2000), 187 D.L.R. (4th) 741 (F.C.A).

Gordon Band Council v. CHRC and Laslo (2000), [2001] 1 F.C. 124 (C.A.).

Sex & Ethnic Origin

Marinaki v. Human Resources Development Canada (29 June 2000), TD 3/00 (C.H.R.T).

Sex

Oster v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (Marine Section) Local 400 (9 August 2000), TD 4/00 (C.H.R.T.).

Disability

Canada (Attorney General) v. Green, [2000] 4 F.C. 629 (T.D.).

CHRC and Cramm v. Canadian National Railway (Terra Transport), Brotherhood of Maintenance of Way Employees and PSAC (16 June 2000), No. T-1503-98 (F.C.T.D.).

Vlug v. Canadian Broadcasting Corporation (15 November 2000), TD 6/00 (C.H.R.T).

Wachal v. Manitoba Pool Elevators (27 September 2000), TD 5/00 (C.H.R.T).

Pay Equity: Jurisdictional and procedural questions

Bell Canada v. CTEA, CEP, Femmes Action and CHRC (20 June 2000), No. T-756-00 (F.C.T.D.).

Bell Canada v. CTEA, CEP, Femmes Action and CHRC (7 July 2000), No. T-2281-99 (F.C.T.D.).

Bell Canada v. CTEA, CEP, Femmes Action and CHRC (2 November 2000), No. T-890-99 (F.C.A.).

CHRC and PSAC v. Government of the Northwest Territories (11 October 2000), No. T-1571-00 (F.C.T.D.).

CEP, CHRC, CTEA and Femmes Action v. Bell Canada (29 November 2000), No. A-698-00 (F.C.A.).

Jurisdictional and procedural questions

Attorney General of Canada v. National Indian and Inuit Community Health Representatives Organization (23 June 2000), No. T-981-00 (F.C.T.D.).

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) (5 October 2000), No. 26789 (S.C.C.).

Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al. (27 March 2000), No. T-1327-99 (F.C.T.D.).

Canada Post Corporation v. Attorney General of Canada and Banks (6 April 2000), No. T-2427-98 (F.C.T.D.).

Canada Post Corporation v. Barrette, [2000] 4 F.C. 145 (C.A.).

Canadian National Railways v. Leger and CHRC (22 February 2000), No. T-1547-99 (F.C.T.D.).

Citron et al. v. Ernst Zundel et al., [2000] 4 F.C. 225 (C.A.).

Close v. Air Canada (27 March 2000), No. T-496-99 (F.C.T.D.).

Hutchinson v. Honourable Christine Stewart (Minister of Environment Canada) (26 October 2000), No. T-1072-98 (F.C.T.D).

Singh v. CHRC, Canada Post Corporation et al. (19 June 2000), No. T-157-97 (F.C.T.D.).

Tiwana v. CHRC and the Attorney General of Canada (29 November 2000), No. T-60-00 (F.C.T.D.).

Zundel v. Attorney General of Canada et al. (13 December 2000), No. A-388-99 (F.C.A.).

Zundel v. Canada (Human Rights Commission), [2000] 4 F.C. 255 (C.A.).

Zundel v. CHRC et al. (10 November 2000), No. A-215-99 (F.C.A.).

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

RAPPORT JURIDIQUE

2000

© Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux 2001
N° de cat. HR1-2/2000
ISBN 0-662-65393-9

Ce rapport est également publié sur bande sonore, en gros caractères, en braille et sur disquette.
On peut aussi le consulter sur le site Web de la Commission.
http://www.chrc-ccdp.ca

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES QUESTIONS D'ÉGALITÉ 5
- Évaluation individuelle non discriminatoire et obligation d'accommodements 5
- Le fardeau de la preuve concernant les accommodements 7
- Désavantage ou discrimination : choix du groupe comparatif 9
- Retenue manifestée envers l'expertise d'un tribunal en matière de conclusions des faits 13
- Discrimination dans les réserves indiennes 14

DISPOSITION DE PLAINTES PAR LE TRIBUNAL 18
- Sexe 18
- Harcèlement sexuel 20
- Déficience 22
- Âge 29

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES QUESTIONS DE PROCÉDURE ET DE COMPÉTENCE 31
- Normes d'indépendance et d'impartialité 31
- Contrôle judiciaire des décisions interlocutoires 36
- Contrôle judiciaire des décisions de la Commission — Confirmation et clarification de l'obligation d'équité procédurale 39
- Arrêt des procédures 43
- Divulgation de documents et allégations de privilège pour des raisons d'intérêt public 48
- Règlement avant décision 50

Introduction

Le présent rapport passe en revue diverses décisions du Tribunal canadien des droits de la personne, de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada qui ont été rendues pendant l'an 2000 concernant les matières qui intéressent la Commission canadienne des droits de la personne (la « Commission »). **Son seul objet est de donner un aperçu général du contexte juridique de l'an 2000, et le rapport ne constitue en aucune façon un avis juridique ni ne représente les vues de la Commission sur l'un quelconque des sujets abordés.**

Le travail de la Commission est inévitablement influencé par l'évolution des normes légales en matière d'égalité, en particulier par les arrêts de la Cour suprême du Canada. En 2000, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[1] (la « *Charte* ») a donné lieu à d'importants développements jurisprudentiels qui sans aucun doute auront pour effet de préciser et d'améliorer de manière générale les règles antidiscriminatoires. Dans une affaire émanant du Québec, la Cour a examiné les dimensions subjective et objective de la notion de déficience. Les principes examinés dans cette affaire orienteront l'interprétation de concepts semblables du droit fédéral. Cet arrêt est examiné ici, ainsi qu'un autre arrêt de la Cour qui concerne la définition du groupe comparatif à retenir pour une allégation de discrimination fondée sur la déficience. Cette dernière décision met en relief l'importance de facteurs tels que les désavantages, les stéréotypes et la vulnérabilité pour savoir si une loi contestée ou un programme gouvernemental contesté a porté atteinte à la dignité humaine.

Dans le contexte des développements juridiques se rapportant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[2] (la « *Loi* »), l'obligation de consentir des accommodements a été examinée par la Cour fédérale au cours de l'an passé. Dans une affaire qui concernait les tests d'aptitude utilisés pour décider de l'admissibilité à une formation en langue seconde, la Cour a examiné les effets de ces tests sur les personnes présentant une certaine difficulté d'apprentissage. Les tests d'aptitude n'ont pas, en tant que tels, été jugés illégitimes, mais la Cour a souligné qu'il est important de considérer les besoins spéciaux des personnes atteintes de déficiences qui réduisent leurs chances à réussir le test, mais qui sont néanmoins tout à fait capables d'apprendre une deuxième langue. Cette affaire fait ressortir l'importance d'utiliser un processus d'évaluation non discriminatoire pour tenir compte du potentiel réel de l'individu.

---

1 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

2 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c.H-6.

La Cour fédérale a aussi examiné la manière dont les groupes comparatifs devraient être choisis pour déterminer si un désavantage constitue une discrimination. Dans l'affaire dont elle était saisie, des prestations de sécurité d'emploi faisant l'objet d'une convention collective avaient été refusées à des personnes qui étaient en congé sans rémunération pour cause de maladie. Les prestations étaient versées en fonction des périodes travaillées. Les employés qui, pour des raisons énumérées (notamment la maladie), étaient en congé non rémunéré étaient admissibles, mais d'une manière restreinte, ce qui, en certaines circonstances, équivalait à un refus des prestations de sécurité d'emploi. Puisque les règles applicables à la maladie étaient les mêmes que celles applicables aux autres raisons énumérées, la Cour n'a pu conclure à aucune discrimination perceptible fondée sur la déficience physique. Cette décision démontre que la question de savoir si un désavantage équivaut ou non à une discrimination peut dépendre de la base de comparaison.

Une autre question importante examinée par la Cour fédérale concernait l'application de l'article 67 de la *Loi*, qui prévoit que ce texte législatif est sans effet « sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi »[3]. Cet article peut avoir d'importantes répercussions sur les affaires impliquant une discrimination manifeste (en général fondée sur le sexe et/ou la race) en les soustrayant à l'application des lois relatives aux droits de la personne. Dans les deux affaires examinées par la Cour, l'une mettait en jeu l'application de l'article 67 et l'autre non. Ces décisions contrastées montrent qu'il est extrêmement important de savoir ce qui constitue une disposition prise[4] en vertu de la *Loi sur les Indiens*[5].

Les décisions mentionnées ici du Tribunal canadien des droits de la personne portent sur un large éventail de questions. Il en est une notamment qui découle d'une plainte de discrimination fondée sur le sexe, dans une industrie dominée par les hommes. Le Tribunal a examiné les facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer une exigence professionnelle justifiée, surtout si elle est fondée sur le sexe. Une longue décision a également été rendue à propos d'une plainte selon laquelle les sourds et les malentendants sont victimes de discrimination lorsqu'il s'agit pour eux d'obtenir le plein accès aux programmes et autres informations diffusées par la SRC. Le Tribunal a examiné en détail la question de savoir si les coûts peuvent constituer un motif justifiable de ne pas sous-titrer tous les

[3] *Ibid.*, art. 67.
[4] *Ibid.*
[5] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c.I-5.

programmes diffusés par la SRC. Dans une autre décision, un Tribunal des droits de la personne a statué sur une plainte de harcèlement sexuel et a jugé, eu égard à la preuve, que la vulgarité provoquée par la colère ne constitue pas nécessairement un harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Le rôle crucial d'une preuve convaincante rattachant les allégations à un motif de distinction illicite est mis en relief dans cette décision du Tribunal, ainsi que dans d'autres décisions rendues par les tribunaux des droits de la personne et mentionnées dans le présent rapport.

L'évolution de la jurisprudence au cours des douze derniers mois continue de montrer que le contrôle judiciaire des questions de compétence et de procédure a une forte incidence sur la manière dont se déroule la procédure devant un Tribunal des droits de la personne. Parmi les décisions examinées ici, il en est une qui porte sur l'obligation d'impartialité de chacun des membres d'un tribunal. La question de l'impartialité institutionnelle a été soulevée dans une autre affaire qui mettait en doute l'indépendance et l'impartialité du Tribunal des droits de la personne à la lumière de plusieurs dispositions législatives concernant l'inamovibilité, la sécurité financière et la liberté décisionnelle des membres du tribunal. Cette dernière décision a conduit à l'arrêt des procédures dans une importante affaire relative à la parité salariale.

Dans d'autres jugements, la Cour fédérale a confirmé le principe selon lequel les décisions interlocutoires sur des matières qui n'intéressent pas la compétence ne justifient pas en général un contrôle judiciaire avant l'achèvement des procédures. Lorsque la compétence du Tribunal est contestée, une partie peut également demander l'arrêt des procédures engagées devant le Tribunal, jusqu'à l'issue de sa demande de contrôle. Toutefois, la Cour fédérale a confirmé cette année l'existence d'un triple critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour qu'un arrêt des procédures soit justifié. Les décisions mentionnées dans le présent rapport montrent qu'une partie doit franchir d'importants obstacles pour réussir dans une telle demande.

Une question particulière de compétence se pose lorsque l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*[6] est susceptible d'application. Cette disposition régit la prétention à l'immunité pour des raisons d'intérêt public lorsque des preuves sont produites devant un organisme tel qu'un Tribunal des droits de la personne. Une décision

[6] *Loi sur la Preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5.

mentionnée dans le présent rapport souligne qu'un Tribunal des droits de la personne n'a pas compétence pour évaluer et juger une telle revendication d'immunité au titre de l'article 37. Le pouvoir de statuer sur une telle revendication est conféré à la Cour fédérale (ainsi qu'aux cours supérieures) sur demande d'un ministre de la Couronne du chef du Canada ou sur demande d'une autre personne intéressée.

Les protections procédurales qui s'appliquent aux décisions administratives comme celles que prend la Commission ont également été des aspects soulevés devant la Cour fédérale en 2000. Ainsi, la Cour a confirmé qu'une norme moins rigoureuse d'équité procédurale s'applique à la décision d'accepter ou de rejeter une plainte avant l'enquête prévue par l'article 41 de la *Loi*. Ce jugement ainsi que d'autres renferment des indications opportunes de la Cour fédérale concernant le contenu et l'étendue de l'obligation d'équité procédurale de la Commission envers les plaignants et les défendeurs.

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES QUESTIONS D'ÉGALITÉ

Évaluation individuelle non discriminatoire et obligation d'accommodements

Les candidats choisis pour occuper des postes bilingues à nomination non impérative dans la fonction publique fédérale doivent atteindre, à l'intérieur de délais fixés dans la Politique du Conseil du Trésor sur la formation linguistique, certains niveaux de compétence linguistique. Pour accéder à une formation linguistique, un candidat doit obtenir de bons résultats dans des tests visant à évaluer ses aptitudes linguistiques courantes et sa capacité d'apprendre une deuxième langue. La Cour fédérale a récemment examiné l'incidence discriminatoire de ces tests sur les personnes aux prises avec certains genres de difficultés d'apprentissage (*Procureur général du Canada c. Nancy Green et Commission canadienne des droits de la personne*[7]). Il s'agissait d'une plainte déposée par M^me^ Green, qu'un jury de sélection avait d'abord évaluée au chapitre des connaissances, des capacités et des qualités personnelles pour un poste PM-6 bilingue à nomination non impérative. M^me^ Green était par ailleurs tout à fait qualifiée, mais elle a obtenu un pronostic négatif sur les chances qu'elle avait de compléter une formation linguistique dans le délai imparti. Les tests employés pour évaluer sa capacité d'apprendre la langue seconde étaient le Test d'aptitude aux langues vivantes (TALV) et deux sous-tests Pimsleur. Les personnes chargées d'administrer les tests ont estimé que M^me^ Green avait beaucoup de mal à rattacher les sons aux symboles, ou à passer des symboles aux sons puis au sens. On avait pensé alors qu'elle avait peut-être une difficulté d'apprentissage.

Malgré le pronostic négatif concernant la formation linguistique, M^me^ Green a été, à titre intérimaire, affectée par son Ministère (l'ancienne Commission de l'emploi et de l'immigration (CEI)) au poste PM-6 pour lequel elle avait posé sa candidature. Des dispositions ont également été prises pour que M^me^ Green soit évaluée par un psychologue afin de savoir si ses faibles résultats au TALV et aux sous-tests Pimsleur étaient attribuables à une déficience particulière. Le psychologue a éventuellement conclu que M^me^ Green présentait une forme de dyslexie qui réduisait la fonction de traitement des informations auditives. Le psychologue a aussi estimé que M^me^ Green avait remarquablement réussi à surmonter les effets de la dyslexie en développant des stratégies compensatoires qui faisaient appel à ses habiletés dans le traitement des informations linguistiques et visuelles. Vu le potentiel intellectuel élevé de M^me^ Green, son style d'apprentissage et ses aptitudes linguistiques existantes, le psychologue a conclu qu'elle serait en mesure d'apprendre le français sans grandes difficultés si une bonne méthode pédagogique était adoptée. Une telle méthode engloberait un enseignement individuel,

[7] *Canada (P.G.) c. Green, [2000] 4 C.F. 629*, (C.F., 1re inst.)[ci-après Green avec renvois à C.F., 1re inst.].

une absence de limite de temps, beaucoup de contexte et la possibilité pour elle d'utiliser ses habiletés dans le traitement des informations linguistiques et visuelles.

Après la fin de l'affectation de M^me^ Green comme PM-6 intérimaire (poste qui a été attribué à un employé excédentaire en mesure de répondre aux exigences linguistiques), on a obtenu une autre évaluation professionnelle concernant sa capacité d'apprendre le français en tant que langue seconde et concernant le genre d'enseignement correspondant le mieux à ses besoins pour l'apprentissage d'une deuxième langue. Ce deuxième rapport a confirmé la présence d'une forme de dyslexie, mais il concluait que les personnes présentant cette condition n'étaient pas nécessairement incapables de maîtriser une deuxième langue. Afin d'évaluer précisément le potentiel de ces personnes pour l'apprentissage d'une deuxième langue, il était nécessaire de choisir soigneusement le genre d'instrument ou de test employé pour mesurer ce potentiel. Sur ce point, le rapport faisait observer que le TALV et les sous-tests Pimsleur utilisés par la Commission de la fonction publique (la CFP) ne donnaient pas une indication valide du potentiel réel de M^me^ Green, ou d'autres personnes dans le même cas qu'elle, pour l'apprentissage d'une deuxième langue. Il concluait que M^me^ Green était une apprenante exceptionnelle et qu'elle avait développé des stratégies compensatoires qui facilitaient la compréhension et le rappel de l'information durant un nouvel apprentissage. Quant au genre d'enseignement d'une deuxième langue qui convenait le mieux à M^me^ Green et aux personnes présentant la même déficience, le rapport recommandait une méthode dynamique, fondée sur la conversation et une approche globale.

Les moyens pris par M^me^ Green et par le Ministère où elle travaillait pour que son cas soit traité plus favorablement par la CFP n'ont finalement pas donné de résultats. La CFP a exprimé l'avis que la difficulté d'apprentissage de M^me^ Green était essentiellement une autre manière de dire qu'elle était peu apte à apprendre une deuxième langue. Elle a également fait valoir que les politiques d'accès à la formation linguistique visaient à rendre la formation linguistique plus économique grâce à l'utilisation d'un mécanisme de filtrage objectif apte à repérer les candidats présentant un potentiel acceptable d'apprentissage d'une deuxième langue. Des dispositions seraient prises pour les candidats présentant une déficience auditive ou visuelle, mais la CFP a conclu qu'il n'était pas possible d'accommoder

la déficience de M^me^ Green sans miner l'objet même des tests d'aptitude utilisés pour sélectionner les candidats à la formation linguistique.

M^me^ Green a déposé une plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur la déficience, plainte qui plus tard a été examinée par un Tribunal des droits de la personne. Le Tribunal a jugé que les tests d'aptitude, bien qu'apparemment objectifs, avaient un effet préjudiciable sur les personnes telles que M^me^ Green qui étaient atteintes par cette forme particulière de dyslexie. À la lumière de cet effet préjudiciable, la CFP avait l'obligation d'accommoder la déficience de M^me^ Green, pour autant que tels aménagements n'entraînent pas une contrainte excessive. Eu égard à la preuve, le Tribunal a conclu que la CFP n'avait pour ainsi dire pris aucune mesure pour neutraliser la discrimination qui avait injustement empêché M^me^ Green d'accéder à un poste PM-6. Le Tribunal a donc accordé des compensations à M^me^ Green (notamment nomination immédiate à un poste PM-6 et rappel de traitement pour perte de salaire) et a rendu une ordonnance visant à supprimer la discrimination systémique entraînée par les faits qui avaient donné lieu à la plainte.

Les conclusions du Tribunal ont été confirmées par la Cour fédérale. Après examen approfondi du raisonnement du Tribunal, la Cour fédérale a conclu que celui-ci avait compris et appliqué correctement la notion de discrimination par effet préjudiciable, une notion énoncée par la Cour suprême du Canada[8]. Il convient de noter que ce genre de distinction (c'est-à-dire la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable) n'est plus essentielle dans l'analyse de la discrimination, étant donné les modifications apportées à l'article 15 de la *Loi*, qui sont entrées en vigueur en juin 1998[9]. Ces modifications (ainsi que l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin*)[10] simplifient la définition de la discrimination.

Le fardeau de la preuve concernant l'accommodement

Dans l'affaire *Green*, la Cour fédérale a aussi maintenu la conclusion du Tribunal selon laquelle il incombait à la CFP d'accommoder jusqu'au point d'une « contrainte excessive »[11]. À cet égard, la Cour

---

[8] *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 505-06.

[9] *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en conséquence*, L.R. 1998, c.9, art. 10, 15.

[10] [1999] 3 R.C.S. 3 [ci-après *Meiorin* avec renvois au R.C.S.].

[11] *Supra*, note 2, art. 15(2).

a jugé que le Tribunal avait bien défini les facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de la « contrainte excessive »[12]. Il s'agit des facteurs suivants : coûts financiers, violation d'une convention collective, problèmes liés au moral des employés, enfin interchangeabilité du personnel et des locaux. Sur ce point, il est intéressant de noter que les modifications apportées en 1998 au paragraphe 15(2) de la *Loi* limitent à la santé, à la sécurité et aux coûts les facteurs concernant l'évaluation de la contrainte excessive[13].

Sur la question de savoir quel accommodement aurait pu être consenti par les ministères fédéraux, la Cour fédérale a estimé qu'il s'agissait là d'une question de fait à laquelle le Tribunal avait bien répondu. La décision du Tribunal sur ce point n'était pas manifestement déraisonnable eu égard à l'ensemble de la preuve dont il disposait. La Cour a reconnu avec le Tribunal que, vu l'ensemble de la preuve, « la question des dépenses nécessaires pour répondre aux besoins de Nancy Green n'a été envisagée ni au moment où l'on a appris qu'elle était atteinte d'un trouble d'apprentissage, ni à la suite des demandes d'accommodement présentées par le Ministère responsable »[14]. Au lieu de cela, la CFP et le Conseil du Trésor avaient tout simplement classé M^me^ Green comme quelqu'un dont la capacité d'apprendre une deuxième langue était faible, en raison de sa difficulté d'apprentissage.

De façon générale, la Cour fédérale a confirmé également les compensations ordonnées par le Tribunal. Elle a souligné que, dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la règle ou politique sous-jacente, étant elle-même neutre à première vue, ne devrait pas être annulée. Elle a noté que la compensation pour discrimination systémique accordée par le Tribunal ne rejetait pas le TALV ou les tests Pimsleur en tant que principaux instruments permettant d'évaluer l'aptitude à l'apprentissage d'une langue. Ce que l'ordonnance prévoyait, selon les mots du juge qui présidait l'audience de la Cour fédérale, c'était que « lorsqu'il s'agit d'une personne ayant un trouble d'apprentissage, la CFP doit ajuster le processus de manière à éliminer ce qui ne ressort pas du TALV, savoir la nature de la déficience et des stratégies compensatoires utilisées par les personnes qui ont des troubles d'apprentissage »[15]. La Cour a estimé que l'ordonnance en question était justifiée par les conclusions du Tribunal selon la preuve, et que ces conclusions étaient

---

[12] *Ibid.*
[13] *Supra*, note 9, art. 10.
[14] *Supra*, note 7 au paragraphe 76.
[15] *Ibid.*, paragraphe 137.

raisonnablement rattachées aux points en litige et conformes aux principes légaux énoncés dans les précédents applicables.

Il est décevant que la Cour fédérale ait reconnu avec le Procureur général que l'ordonnance concernant le paiement des frais judiciaires de la plaignante ne relevait pas des pouvoirs du Tribunal. Selon la Cour, « si le législateur avait voulu que le Tribunal ait le pouvoir d'octroyer des frais judiciaires, il l'aurait précisé »[16]. Comme la *Loi* est silencieuse sur ce point, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des frais judiciaires à M^me^ Green, et son ordonnance en ce sens a été infirmée. Il convient de noter que cette interprétation étroite du pouvoir du Tribunal d'accorder des redressements était fondée sur l'interprétation, donnée par la Cour, de l'alinéa 53(2)*d*), non de l'alinéa 53(2)*c*)[17]. Dans une décision antérieure, la Cour d'appel avait jugé que l'expression « dépenses entraînées », à l'alinéa 53(2)*c*), comprend les frais d'avocat qui sont raisonnables[18].

Désavantage ou discrimination : choix du groupe comparatif

Dans l'affaire *Commission canadienne des droits de la personne et Barry Cramm c. Chemins de fer nationaux du Canada et autres*[19], la Cour fédérale a examiné la question de savoir ce qui constitue un bon groupe comparatif lorsqu'il s'agit de déterminer si une preuve *prima facie* de discrimination a été établie. L'affaire dont elle était saisie concernait une plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur une déficience physique, plainte qui avait été entendue par un Tribunal des droits de la personne et par le Tribunal d'appel (aujourd'hui aboli). Le plaignant, M. Cramm, contestait le fait d'avoir été exclu de certains avantages liés à l'emploi qui étaient devenus applicables lorsqu'il avait été mis fin à l'exploitation d'un chemin de fer. Ces avantages étaient calculés selon les conditions énoncées dans une convention collective. Le droit à ces avantages dépendait du service cumulatif rémunéré (SCR) total de l'employé. En règle générale, un employé recevait un mois de SCR pour chaque mois durant lequel il avait travaillé pendant au moins 11 jours. Un employé pouvait aussi accumuler jusqu'à 100 jours de SCR durant une année civile s'il prenait un congé non rémunéré, par suite d'une maladie, d'une blessure ou d'un congé autorisé de maternité ou pour assister aux réunions d'un comité ou comparaître devant un Tribunal à titre de témoin ou comme juré non rémunéré. Cependant, la sous-règle se rapportant au SCR pour congé non rémunéré ne s'appliquait que

[16] *Ibid.*, paragraphe 186.
[17] *Supra*, note 2.
[18] *Canada c. Thwaites* [1994] 3 C.F. 38, p. 71.
[19] *Commission canadienne des droits de la personne et Barry Cramm c. Chemins de fer nationaux du Canada et al.*, (16 juin 2000), n° du greffe T-1503-98 (C.F., 1re inst.).

lorsque l'employé travaillait au moins un jour au cours d'une année civile donnée.

Les avantages accordés au titre du SCR ont pris une grande importance lorsque l'employeur de M. Cramm, les Chemins de fer nationaux du Canada, décida de mettre fin à ses activités à Terre-Neuve en 1990. Les employés qui comptaient huit années de SCR se virent garantir un emploi ou leur plein salaire jusqu'à l'âge de 55 ans. M. Cramm avait subi un accident de travail en 1980 et n'avait pu retourner au travail avant 1984. Il ne répondait donc pas à l'exigence de travailler au moins un jour de travail par année civile pour pouvoir bénéficier des 100 jours de SCR pour chacune des années durant lesquelles il n'avait pu travailler en raison de son état. S'il lui avait été possible d'accumuler ces 100 jours de SCR par année durant sa convalescence, il aurait eu le minimum de huit années de SCR nécessaires pour avoir droit aux prestations de sécurité d'emploi indiquées dans la convention collective. M. Cramm a soutenu que les règles utilisées pour calculer le SCR avaient sur lui un effet préjudiciable en raison de son incapacité et donc constituait un motif illicite de distinction.

La Cour fédérale a rendu l'an dernier son jugement dans l'affaire *Cramm*. La question essentielle que devait trancher la Cour était de savoir si le bon groupe comparatif à utiliser dans l'examen de la plainte de discrimination déposée par M. Cramm était le groupe composé de tous ceux à qui la règle du « congé sans rémunération » s'appliquait. La Cour a noté que M. Cramm n'était pas traité différemment d'une autre personne qui avait été absente durant la même période de temps pour l'une des raisons énumérées, et sa plainte de discrimination fondée sur la déficience n'était donc pas établie[20]. La Cour fédérale a rejeté les arguments de la Commission des droits de la personne selon lesquelles la position de M. Cramm devrait être comparée à la position de ceux qui bénéficiaient de la règle plus générale régissant l'attribution du SCR. La Cour a fait observer que l'objet de la règle plus générale était d'indemniser, avec un montant fixe de SCR, ceux qui avaient travaillé pendant un minimum de 11 jours par mois : « Cette règle n'a, à mon avis, pas plus d'effet préjudiciable sur les employés malades ou blessés que sur un autre groupe d'employés absents du travail, quelle qu'en soit la raison, pendant la même durée au cours du mois »[21]. Quant à la règle des « congés sans rémunération », la Cour a conclu qu'elle visait un

[20] *Ibid.*, paragraphe 18.
[21] *Ibid.*, paragraphe 23.

autre objectif : « Elle donne l'occasion aux employés d'accumuler des unités de SCR pendant un maximum de 100 jours au cours d'une année civile, lorsqu'ils ont été absents du travail pour des raisons énumérées, à condition qu'ils aient travaillé une journée au cours de cette année-là »[22]. La Cour a fait remarquer que c'est la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*[23], qui a mentionné qu'il faut examiner le but de la règle d'emploi alin de déterminer le groupe comparateur adéquat. Par ailleurs, la Cour a adopté son raisonnement dans l'affaire Dumont-Ferlatte[24], où elle avait conclu que, pour déterminer s'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de comparer les femmes en congé de maternité avec celles bénéficiant d'autres formes de congé sans rémunération au titre de conventions collectives.

L'appel interjeté contre le jugement *Cramm* a été retiré à la suite d'un règlement conclu entre M. Cramm et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Dans un arrêt rendu en 2000, la Cour suprême s'est également demandé comment il convenait de choisir les groupes comparatifs pour savoir si un désavantage équivaut à une discrimination selon l'article 15 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*[25], la Cour suprême a examiné la question de savoir si une personne présentant une déficience temporaire devrait recevoir le même traitement qu'une autre qui présente une déficience permanente, aux fins des règles d'admissibilité prévues par le Régime de pensions du Canada (RPC). M. Granovsky souffrait d'une douleur intermittente et dégénérative au dos depuis un accident de travail survenu en 1980. Il fut déclaré alors atteint d'une incapacité totale temporaire. Avant son accident, il avait versé des cotisations au RPC pendant six des dix années antérieures. Après l'accident, M. Granovsky a exercé divers emplois rémunérateurs, mais il a soutenu que l'état de son dos avait continué de se détériorer et avait entraîné une incapacité permanente en 1993, année durant laquelle il a demandé une rente d'invalidité au RPC. Sa demande a été refusée par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, notamment parce que, avant la date de sa demande, il n'avait versé une cotisation au RPC que pendant une année de la

[22] *Ibid.*, paragraphe 23.
[23] [1996] 3 R.C.S. 556.
[24] *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Tribunal des droits de la personne)*, (11 décembre 1997) n° du greffe T-1802-96 (C.F. 1re inst.).
[25] [2000] 1 R.C.S. 703.

période pertinente de dix ans. Pour être admissible, il faut avoir versé des cotisations au RPC pendant cinq des dix dernières années ou pendant deux des trois années antérieures. Cette règle est assouplie pour les personnes qui souffrent d'une grave incapacité durant la totalité ou une partie des dix années précédant immédiatement la demande. Puisque M. Granovsky ne souffrait que d'une incapacité temporaire, il ne pouvait invoquer les dispositions spéciales qui assouplissaient les règles touchant les cotisations versées au RPC.

La Cour a répété que, en ce qui concerne la discrimination fondée sur la déficience, ce qui compte, ce n'est pas l'incapacité comme telle mais plutôt la réaction problématique de l'État. Puis la Cour a affirmé qu'un désavantage n'est pas nécessairement une discrimination. La plainte de M. Granovsky était que les personnes atteintes d'une incapacité temporaire étaient défavorisées selon le Régime par rapport aux personnes en santé. Tout en notant que M. Granovsky subissait une distinction qui le défavorisait, la Cour suprême a conclu que le groupe comparatif à retenir était celui composé de personnes présentant une incapacité permanente tant au moment de la demande que durant la période de cotisation. La question était de savoir si la privation favorisait « l'opinion que les individus souffrant d'une déficience temporaire sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération »[26]. À cet égard, la Cour a jugé que le cas de M. Granovsky ne présentait aucun facteur contextuel, tel un désavantage, un stéréotype ou une vulnérabilité. En bref, il n'avait pas « établi que la réaction du gouvernement, sur les plans de la conception et de l'application du RPC, diminue les personnes qui ont une déficience temporaire et jette un doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains »[27]. La Cour a plutôt considéré la distinction entre les personnes présentant une incapacité permanente et celles présentant une incapacité temporaire, comme une distinction qui était fondée sur la reconnaissance selon laquelle les personnes aux prises avec une incapacité temporaire bénéficient d'une situation économique meilleure que celles aux prises avec une incapacité permanente. Compte tenu de tous ces motifs, les arguments de M. Granovsky ont été rejetés.

[26] *Ibid.*, paragraphe 58.
[27] *Ibid.*, paragraphe 70.

Retenue manifestée envers l'expertise d'un tribunal en matière de conclusions des faits

Le jugement rendu par la Cour fédérale dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Surendar Singh et Commission canadienne des droits de la personne*[28] montre que les inférences raisonnables d'un Tribunal des droits de la personne ne seront pas, dans une procédure de contrôle judiciaire, écartées à la légère. Cela s'explique par le degré élevé de retenue qui s'attache aux conclusions des faits du Tribunal. Cette affaire concernait une prétendue discrimination fondée sur l'âge, dans le contexte suivant. M. Singh avait posé sa candidature en 1988 pour un poste ES-01 (groupe Économique, sociologie et statistique) et avait été classé deuxième sur un groupe d'environ dix candidats. Lorsque la liste d'admissibilité fut publiée à la suite du concours, seul le nom du candidat reçu y figurait. Statistique Canada (l'employeur) a expliqué que, si la liste comportait un seul nom, c'était parce qu'aucun nouveau poste de ce niveau ne s'ouvrirait dans un avenir proche si ce n'est celui qui venait d'être pourvu. Quelques semaines plus tard, cependant, Statistique Canada a offert des postes à 26 candidats en vertu d'un plan de recrutement d'ES. La preuve présentée au Tribunal indiquait aussi que, si M. Singh avait figuré sur la liste d'admissibilité à l'époque, il aurait pu être choisi comme ES-01 par un gestionnaire. Il a aussi été établi que, sur une période de neuf ans, seul un titulaire sur 340 personnes au niveau ES-01 avait plus de 40 ans. Statistique Canada a refusé d'admettre que l'âge était un facteur lorsque l'organisation pourvoyait des postes ES-01, mais elle a affirmé que la proximité de la retraite d'une personne ne pouvait être ignorée. Vu l'ensemble de la preuve, et puisque M. Singh avait 43 ou 44 ans au moment de ces événements, le Tribunal a conclu qu'il existait une preuve circonstancielle convaincante que l'organisation était peu disposée à promouvoir les candidats internes plus âgés à des postes ES.

Compte tenu des faits, la Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait à juste titre conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge. Comme il s'agissait d'erreurs de droit, qui sont révisables selon une norme appelée norme de la justesse, la Cour fédérale a estimé que le Tribunal avait correctement compris et appliqué les règles touchant l'établissement d'une preuve *prima facie*. Une fois celle-ci établie, il incombait à Statistique Canada de réfuter l'accusation de discrimination portée contre elle. La Cour fédérale n'a pu trouver aucune erreur dans la conclusion du Tribunal selon laquelle Statistique Canada n'avait pas réfuté la preuve *prima facie*. Par ailleurs, la Cour a reconnu avec le Tribunal que la preuve statistique existante concernant l'âge des titulaires suffisait à établir une discrimination systémique fondée sur l'âge.

---

[28] (4 avril 2000), n° du greffe T-2116-98 (C.F. 1re inst.).

Discrimination dans les réserves indiennes

Les allégations d'actes discriminatoires commis dans les réserves indiennes soulèvent, pour un Tribunal des droits de la personne, à la fois des questions de fond et des questions de compétence. Dans l'affaire *Chef et Conseil de la Bande indienne de Shubenacadie c. MacNutt et Commission canadienne des droits de la personne et al.*[29], la Cour fédérale devait dire s'il était légitime que l'aide sociale soit refusée aux conjoints non indiens des membres d'une bande indienne. La question intéressait une réserve indienne de la Nouvelle-Écosse, où le conseil de la Bande indienne de Shubenacadie (le « conseil de bande ») applique un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral. Le conseil de bande avait accordé l'aide sociale aux épouses non indiennes jusqu'en avril 1992, mais elle l'avait par la suite refusée à tous les non-Indiens vivant dans la réserve, afin d'éviter toute plainte de discrimination fondée sur le sexe des personnes concernées. Trois plaintes se rapportant à cette politique ont été présentées à la Commission. Selon les trois plaintes, le conseil de bande refusait de verser une aide sociale aux conjoints non indiens.

Le cadre dans lequel le financement de l'aide sociale est accordé aux conseils de bande figure dans des politiques du Conseil du Trésor et dans des accords annuels de contribution et accords cadres de financement conclus avec le ministère des Affaires indiennes et du Nord. Conformément aux directives générales, des paiements d'aide sociale sont possibles pour les résidents de réserves indiennes, l'aide en question étant destinée aux Indiens et à leurs familles, y compris les personnes à charge. Il n'est pas nécessaire que la « personne à charge » soit un Indien inscrit[30]. Il convient aussi de noter qu'un conseil de bande n'a pas le pouvoir de faire des règlements administratifs concernant le versement d'une aide sociale aux personnes habitant la réserve. Dans l'affaire qui nous intéresse, les trois conjoints non indiens se sont vu refuser l'aide sociale à titre de personnes à charge de leurs conjoints demandeurs, refus qui a conduit aux plaintes et à la procédure engagée devant le Tribunal des droits de la personne.

Puisqu'il s'agissait des trois plaintes, le Tribunal des droits de la personne et la Cour fédérale n'ont eu aucune difficulté à dire qu'il y avait eu discrimination fondée sur la race (et peut-être aussi sur l'état matrimonial). Toutefois, les points soumis à la Cour fédérale concernaient la question de savoir si le Tribunal avait au départ

---

[29] (2000), 187 D.L.R.(4e) 741 (C.F.A.).

[30] *Ibid.*, paragraphe 11. Référence au document *Background of the development of the Social Assistance Program*, A.B., Vol XVII, p. 2791.

compétence pour entendre cette affaire. La Cour a estimé que certains des arguments sur ce point n'avaient aucun fondement et qu'ils étaient difficiles à suivre[31]. Ainsi, on a soutenu que les dispositions de la *Loi* étaient nulles et de nul effet pour les plaintes en question en raison de l'effet combiné des articles 15 et 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 25 prévoit que « le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada... »[32]. La Cour a fait observer que cette disposition doit être vue comme un bouclier grâce auquel les droits relevant de la disposition sont préservés contre l'effet d'autres droits fondamentaux. Il ne s'agissait pas de cela en l'espèce, car les plaignants n'invoquaient pas la *Charte* à l'appui de leur position. D'ailleurs, aucune preuve n'a été présentée à la Cour pour établir le droit ancestral que le conseil de bande prétendait affirmer.

La Cour a adopté la position selon laquelle la compétence d'établir un programme d'aide sociale à l'intention des Indiens relevait tout à fait du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[33]. Il est vrai que les provinces ont une compétence législative générale en matière d'aide sociale, mais la compétence du législateur fédéral concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens est assez large pour englober le genre de programme d'aide sociale établi par le gouvernement fédéral pour l'avantage des Indiens et de leurs familles. Quant à savoir si tels programmes peuvent validement être appliqués aux membres non indiens des familles indiennes, la Cour fédérale a exprimé l'avis selon lequel « le refus de verser des prestations aux demandeurs indiens relativement à leurs conjoints ne peut pas transformer ce qui est en fait un programme visant à améliorer la situation des peuples autochtones (matière relevant de la compétence constitutionnelle du Parlement) en une matière relevant de la compétence provinciale simplement parce que des conjoints non indiens sont en cause »[34]. La Cour fédérale a donc confirmé la décision du Tribunal des droits de la personne qui ordonnait au conseil de bande de verser une aide sociale aux plaignants pour leurs conjoints non indiens respectifs et ce rétroactivement et de leur payer aussi les dommages-intérêts indiqués dans sa décision.

---

[31] *Ibid.*, paragraphe 42.
[32] *Supra*, note 1, art. 25.
[33] *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.
[34] *Supra*, note 29, paragraphe 58.

La Bande indienne de Shubenacadie a demandé l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada. Cette demande d'autorisation a été rejetée le 1er février 2001[35].

Une affaire portant sur l'attribution de logements, dans les réserves indiennes, par les conseils de bande, l'arrêt *Conseil de bande de Gordon c. Commission canadienne des droits de la personne*[36], contraste vivement avec la décision précédente. Ici, une Indienne inscrite, membre de la Bande de Gordon et mariée à un non-Indien, s'était vu constamment refuser par le conseil de bande un logement sur la réserve, et cela pendant plusieurs années. Ses efforts en vue d'acquérir un logement sur la réserve ont débuté peu après qu'elle eut recouvré son statut d'Indienne et son appartenance à la Bande, suite à l'adoption du projet de loi C-31, une loi qui abrogeait les dispositions de la *Loi sur les Indiens* jugées discriminatoires à l'endroit des femmes. (Les dispositions abrogées privaient une femme indienne de son statut dès qu'elle se mariait avec un non-Indien, mais la même règle ne s'appliquait pas à un Indien qui épousait une non-Indienne.) Elle a finalement déposé une plainte auprès de la Commission, dans laquelle elle affirmait que le conseil de bande avait exercé contre elle une discrimination fondée sur le sexe, l'état matrimonial et la race.

Compte tenu de la preuve dont il disposait, ainsi qu'à un exposé conjoint des faits, le Tribunal des droits de la personne a estimé qu'il existait une preuve *prima facie* selon laquelle le conseil de la bande de Gordon avait exercé contre la plaignante une discrimination fondée sur son état matrimonial, sur son sexe et sur la race de son mari. Toutefois, le Tribunal a également conclu que la décision de refuser un logement à la plaignante était une décision qui avait été prise par le conseil de bande en conformité avec l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, ce qui déclenchait l'application de l'article 67 de la *Loi*, qui prévoit que « la présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi »[37]. Le Tribunal s'est donc vu contraint de rejeter la plainte bien qu'il eût conclu à l'existence d'une preuve *prima facie*.

La Cour d'appel fédérale a confirmé les conclusions du Tribunal des droits de la personne. Elle a confirmé une décision antérieure de la Cour fédérale selon laquelle le libellé de l'article 67 « se rapporte non seulement aux règlements administratifs ou autres pris en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mais aussi aux décisions qui sont prises

---

[35] (1 février 2001) N°. 28078 (C.S.C.).
[36] (2000), [2001] 1 C.F. 124 (C.A.).
[37] *Supra*, note 2, art. 67.

dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la *Loi sur les Indiens* »[38]. Dans l'affaire Gordon, la Cour d'appel a conclu que la décision contestée du conseil de la Bande de Gordon avait été prise dans l'exercice de son pouvoir selon l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, plus précisément la disposition selon laquelle « un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du Ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande »[39]. Elle a aussi conclu que le pouvoir prévu par l'article 20 incluait le pouvoir de refuser un logement à la plaignante.

La Cour a aussi rejeté les arguments fondés sur les prétendus vices de procédure entachant les décisions du conseil de la bande. Sur ce point, la Cour d'appel a jugé que : « la protection que l'article 67 fournit au conseil de la bande de Gordon ne dépend pas de la question de savoir si sa décision de refuser une habitation à la plaignante est consignée d'une façon officielle dans les procès-verbaux des assemblées ou si, à certains égards, le processus décisionnel était fondé sur une politique de logement ou s'il avait été délégué à un comité, ou encore s'il était fondé sur un règlement administratif pris en vertu de l'article 81 »[40]. La Cour a donc conclu que le Tribunal avait correctement appliqué le droit en décidant qu'il n'était pas compétent pour disposer de la plainte.

Le contraste que présentent ces deux affaires illustre les conséquences très différentes que la discrimination peut entraîner selon que les allégations se rapportent ou non à des dispositions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il se pourrait que le seul recours de personnes alléguant une discrimination qui se rapporte à des dispositions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens* soit d'obtenir, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le contrôle judiciaire des décisions prises par les conseils de bandes[41].

---

[38] *Supra.*, note 36 paragraphe 15. La Cour citait l'arrêt *Desjarlais (Re)* [1989] 3 C.F. 605 (C.A.).
[39] *Supra*, note 5, art. 20(1).
[40] *Supra*, note 36 paragraphe 30.
[41] L.R.C. 1985, *c.* F-7.

Disposition de plaintes par le Tribunal

Sexe

Une plainte de discrimination sexuelle à l'intérieur d'une industrie dominée par les hommes a été entendue par un Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Helen Oster et la Commission canadienne des droits de la personne c. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (Section maritime) Locale 400*[42]. La plainte découlait d'une conversation qui s'était déroulée dans le bureau du président du syndicat à propos de la sélection de candidats pour un travail de cuisinier/matelot à bord d'un navire baptisé Texada Crown. M^me^ Oster avait été informée par le président du syndicat, après avoir parlé au téléphone à un éventuel employeur (Norsk Pacific Marine Services), que le Texada Crown ne comportait pas de locaux séparés pour les femmes et que le travail de cuisinier/matelot n'était donc pas fait pour elle. Un autre employé du syndicat qui était présent lors de la conversation s'était dit d'accord avec la conclusion du président du syndicat selon laquelle le poste en question ne convenait pas à une femme. À cause de cette conversation, M^me^ Oster ne s'est pas rendue au bureau d'embauche où les affectations étaient officiellement décidées, parce qu'elle était sûre qu'elle n'avait aucune chance d'être retenue comme candidate pour le poste.

M^me^ Oster a finalement déposé une plainte contre le syndicat, en tant qu'« organisation syndicale » à laquelle l'article 9 de la *Loi* interdit « d'établir, à l'endroit d'un adhérent ou d'un individu à l'égard de qui elle a des obligations aux termes d'une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l'organisation, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d'emploi ou d'avancement, soit de limiter ses chances d'emploi ou d'avancement, ou, d'une façon générale, de nuire à sa situation »[43]. Les faits de la plainte soulevaient deux questions fondamentales. D'abord, l'incident en question traduisait-il une pratique ou norme constituant une preuve *prima facie* d'une discrimination fondée sur le sexe ? Et deuxièmement, dans l'affirmative, la pratique ou la norme constituait-elle une exigence professionnelle justifiée ?

Le syndicat a soutenu devant le Tribunal que la conversation en question était étrangère aux procédures de répartition qui s'étaient déroulées dans le bureau d'embauche et qu'elle ne devrait donc pas être considérée comme une conversation représentant une norme ou pratique syndicale. Sur ce point, le Tribunal a jugé que le président du syndicat exerçait un pouvoir général de surveillance et une

[42] (9 août 2000), DT 4/00 (TCDP).
[43] *Supra*, note 1, art. 9.

responsabilité générale concernant le processus d'embauche, même s'il n'exerçait pas sur ce processus une responsabilité quotidienne. Le Tribunal a jugé que l'échange qui s'était déroulé entre lui et l'autre employé du syndicat était clairement relié au poste affiché de cuisinier/matelot à bord du Texada Crown : « À la fin de cette conversation, personne n'aurait pu arriver à une autre conclusion que celle où l'on allait dissuader la plaignante de proposer sa candidature parce que les lits ne lui convenaient pas parce qu'elle était une femme »[44]. Le Tribunal a donc conclu qu'il existait une pratique qui dissuadait les femmes de poser leur candidature à des postes sur des remorqueurs où les logements étaient « un peu trop à l'étroit »[45]. Cela suffisait à établir une preuve *prima facie* de discrimination.

Se demandant ensuite si la pratique était justifiable sur le plan de la sécurité, de l'efficacité ou d'autres raisons légitimes, le Tribunal a d'abord examiné la pertinence des arguments du syndicat fondés sur le fait admis que M[me] Oster n'aurait pas été admissible au poste en question en raison de son manque d'expérience. Comme le critère de l'expérience était motivé par des préoccupations portant sur le niveau de risque et les possibilités de blessure, il a été considéré comme un critère justifié et non susceptible d'être mis en doute. Le Tribunal a conclu que, si ce critère avait été appliqué à M[me] Oster, alors M[me] Oster n'aurait pas été choisie pour le poste en question. Toutefois, la preuve présentée au Tribunal a montré que ce critère neutre n'avait pas en réalité été appliqué à M[me] Oster. Il restait donc au Tribunal à évaluer la pratique dont se plaignait M[me] Oster, à savoir son exclusion du processus d'embauche, pour des raisons liées uniquement à son sexe.

Examinant les possibles exigences professionnelles justifiées à la base de cette norme d'emploi, le Tribunal a appliqué le triple critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* rendu en 1999 par la Cour suprême du Canada, critère selon lequel une exigence professionnelle justifiée doit avoir un but logiquement rattaché au rendement du poste, être adoptée de bonne foi avec la conviction qu'elle était nécessaire pour l'accomplissement des tâches, enfin être raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement de celles-ci[46]. Ce critère se rapportait aux normes ou pratiques imposées par l'employeur, mais le Tribunal a fait observer que la Cour suprême a élargi son application aux syndicats si les syndicats introduisent, directement ou non, la

---

[44] *Supra*, note 42, paragraphe 42.
[45] *Ibid.*, paragraphe 10.
[46] *Ibid.*, paragraphe 53.

discrimination en participant à la formulation de la règle de travail discriminatoire. Le Tribunal a conclu que rien ne s'opposait juridiquement à ce qu'une plainte concerne exclusivement un syndicat.

Quant à la justification de la norme au regard des faits dont il était saisi, le Tribunal a conclu que le syndicat n'avait pas « présenté de preuve convaincante que la norme, comme il est convenu de l'appeler, a été adoptée pour un objectif ou un but relié directement à l'activité exécutée ni adoptée de bonne foi avec la conviction qu'elle était nécessaire pour l'atteinte de l'objectif ou du but »[47]. Par ailleurs, le Tribunal a jugé qu'on ne lui avait présenté aucune preuve autorisant la conclusion selon laquelle il était impossible de répondre aux besoins de M^me^ Oster sans que cela entraîne une contrainte excessive. Le Tribunal a donc jugé que le syndicat ne s'était pas acquitté de son obligation de justifier son critère d'emploi fondé sur le sexe. M^me^ Oster a donc obtenu une compensation spéciale de 3 000 $. Le Tribunal a exprimé l'avis qu'il ne serait pas indiqué d'accorder des dommages pour perte de salaire, aucune perte de cette nature n'ayant été démontrée.

Cette affaire est intéressante parce que, en l'absence d'une allégation visant l'employeur, le Tribunal a tenu le syndicat responsable de la discrimination. Les installations dont les navires étaient équipés étaient fournies par l'employeur et dépendaient donc de lui, mais cela n'empêchait das la plaignante d'engager des procédures contre le syndicat seulement.

Harcèlement sexuel

Dans une affaire se rapportant à des allégations de harcèlement sexuel sur le lieu de travail (*Marinaki et Commission canadienne des droits de la personne c. Développement des ressources humaines Canada*[48]), la décision du Tribunal a porté sur de nombreux aspects. Le Tribunal a fait observer que son issue dépendait « presque entièrement de notre évaluation de la crédibilité des principaux témoins et, en bout de ligne, de l'exhaustivité des preuves produites par la Commission et M^me^ Marinaki »[49]. Dans sa décision, le Tribunal a énoncé les principes juridiques centraux applicables aux cas de harcèlement sexuel. Il s'est référé à la définition du harcèlement sexuel donnée par la Cour suprême du Canada : « une conduite importune à caractère

[47] *Ibid.*, paragraphe 86.
[48] *Marinaki c. Développement des ressources humaines Canada*, (29 juin 2000), DT 3/00 (TCDP).
[49] *Ibid.*, paragraphe 192.

sexuel qui a un effet adverse sur le milieu de travail ou qui entraîne des conséquences adverses reliées au travail pour les victimes du harcèlement »[50]. Il a aussi fait observer à juste titre qu'une perte pécuniaire n'est pas une condition préalable à l'établissement d'une preuve d'un harcèlement sexuel, et que « pour qu'un comportement devienne du harcèlement, il faudra une certaine répétition ou persistance, quoique dans certaines situations un seul incident grave peut suffire à constituer du harcèlement »[51].

Le Tribunal a résumé succinctement ses conclusions de fait concernant le climat général dans lequel M^me^ Marinaki travaillait au moment du prétendu harcèlement sexuel : « ... Les Opérations internationales étaient une organisation où on subissait beaucoup de stress. Les employés s'estimaient surchargés de travail en conséquence de la réduction des effectifs à un moment où la charge de travail augmentait. Il y a des preuves relatives à un style de gestion généralement dur où, dans le but de répondre à des objectifs de production, les superviseurs n'ont pas toujours fait preuve de professionnalisme dans leurs interactions avec les employés. Certains employés ont aussi une perception d'un traitement inégal par la direction »[52]. C'est dans ce contexte que M. Scarizzi a eu avec M^me^ Marinaki plusieurs disputes au cours desquelles il trépignait de colère et tenait des propos vulgaires et insultants lorsqu'il s'adressait à elle. Le Tribunal a qualifié ce comportement de M. Scarizzi de comportement injustifié, abusif manquant de professionnalisme. Toutefois, il a aussi jugé que « même si les propos tenus par M. Scarizzi pouvaient très certainement avoir une connotation sexuelle, dans le contexte dans lequel ils ont été tenus ici, c'était de toute évidence une expression de colère et de frustration et ce n'était aucunement à caractère sexuel »[53]. L'accusation de harcèlement sexuel a été rejetée par le Tribunal (ainsi que l'accusation de harcèlement ethnique).

M^me^ Marinaki et la Commission ont tenté de modifier la plainte pour y inclure une accusation de représailles de la part de son employeur, DRHC. Se posait alors la question de savoir si l'employeur avait été valablement informé que les représailles constitueraient un point en litige devant le Tribunal, sans oublier la question de l'applicabilité de certaines dispositions législatives adoptées en 1998, qui faisaient des représailles un acte discriminatoire selon la *Loi*[54]. Avant ces

[50] *Ibid.*, paragraphe 186, fait référence à l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252.*
[51] *Ibid.*, paragraphe 189.
[52] *Ibid.*, paragraphe 193.
[53] *Ibid.*, paragraphe 200.
[54] *Supra*, note 9, art. 14.

modifications, le fait de menacer une personne, de l'intimider ou d'exercer contre elle une discrimination pour le motif qu'elle avait déposé une plainte selon la *Loi* constituait une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Pour ce qui est de l'accusation de représailles, le Tribunal s'est rangé aux arguments du ministère employeur selon lequel l'absence d'avis mettait le ministère dans une position injuste. Quant à savoir si les modifications apportées en 1998 à la *Loi* pouvaient s'appliquer à cette affaire, le Tribunal a fait remarquer que les événements liés aux accusations de harcèlement s'étaient produits avant l'adoption des modifications. Comme les lois ne sont pas en général rétroactives, le Tribunal a rejeté l'idée que des représailles (définies par les modifications de 1998 comme un acte discriminatoire)[55] puissent être évoquées dans l'affaire dont il était saisi. Juger autrement équivaudrait à attacher de nouvelles conséquences à des événements qui se sont déroulés avant l'adoption des modifications. Ainsi, même si le Tribunal avait permis à la plaignante et à la Commission de modifier la manière dont celle-ci voyait l'affaire pour y ajouter les représailles, il n'avait pas compétence pour disposer de cet aspect.

Déficience

Dans l'affaire *Henry Vlug et Commission canadienne des droits de la personne c. Société Radio-Canada (réseau anglais)*[56], un Tribunal a examiné et évalué les obstacles auxquels font face les personnes sourdes ou malentendantes qui veulent accéder pleinement aux programmes de la SRC. La preuve de M. Vlug portait sur certains incidents où il n'avait pu, faute de sous-titrage, jouir pleinement de certaines émissions télévisées. Dans son témoignage le directeur général de l'Association des sourds du Canada a affirmé que les sourds et les malentendants avaient le sentiment d'être exclus de la société en raison (du moins en partie) de programmes télévisés inaccessibles, et il a souligné l'importance de programmes télévisés pour les sourds en tant que source d'informations (qu'elles soient sociales ou rattachées à la sécurité publique).

Le Tribunal n'a eu aucun mal à conclure, compte tenu de la preuve dont il disposait, qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur une déficience avait été établie quant à la fourniture de services généralement accessibles au public. Il incombait donc à la SRC d'établir qu'il existait un motif justifiable autorisant ce refus de fournir des services, selon ce que prévoit l'alinéa 15(1)g) de la *Loi*. Conformément aux dispositions du paragraphe 15(2) de la

[55] *Supra*, note 9.
[56] (15 novembre 2000), D.T. 6/00 (TCDP).

Loi (adopté en juin 1998), un motif justifiable ne peut exister que s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité[57].

La SRC a présenté une preuve se rapportant aux difficultés et aux coûts qu'entraînerait pour elle l'obligation de s'assurer que la totalité de ses émissions soient sous-titrées pour les sourds et les malentendants. La societé Radio-Canada a présenté une preuve faisant état des conséquences qu'aurait une augmentation des coûts de sous-titrage en cette période de compressions et de contraintes financières. Néanmoins, la preuve montrait qu'il y avait eu augmentation appréciable du sous-titrage au cours des dernières années même si des crédits additionnels n'avaient pas été affectés aux coûts du sous-titrage. On y était parvenu en encourageant les annonceurs à financer eux-mêmes le sous-titrage et en faisant en sorte que la question du sous-titrage soit prise en compte dans les décisions de production et d'achat. Ces deux facteurs tendaient à élargir le recours au sous-titrage sans que ses coûts soient directement reflétés dans des postes budgétaires donnés.

Examinant l'ensemble de la preuve relative aux coûts, le Tribunal a trouvé qu'elle était trop subjective et insuffisamment rattachée à des études objectives de coûts. Il a estimé qu'aucun effort n'avait été fait pour définir quel pourcentage des émissions diffusées tard le soir (et consistant pour une bonne part en films déjà sous-titrés) il faudrait effectivement sous-titrer, et il n'existait non plus aucune politique donnant la préférence à l'achat de produits déjà sous-titrés. L'insuffisance et le manque d'uniformité de la preuve a conduit le Tribunal à s'exprimer ainsi : « ... bien que le coût excessif puisse justifier un refus de tenir compte des besoins des personnes ayant des déficiences, l'adoption d'une norme de la partie intimée doit être appuyée par des preuves convaincantes. Des preuves impressionnistes d'une augmentation du coût ne suffiront pas de façon générale »[58].

De même, les coûts hors programmes du sous-titrage (*c.*-à-d. messages publicitaires, autopublicité, bulletins de nouvelles non prévus) qui étaient allégués par la SRC n'ont pas été suffisamment établis par une preuve objective. S'agissant des messages publicitaires, le Tribunal a fait remarquer que, selon certains éléments de preuve,

[57] *Supra*, note 9, art. 10.
[58] *Supra*, note 55, paragraphe 110.

entre 70 et 75 % des messages diffusés au niveau national étaient déjà sous-titrés, mais que rien ne permettait de dire ce que pourrait être la situation au niveau des stations locales. L'accroissement hypothétique des coûts du sous-titrage de tous les messages publicitaires était lui-même, de l'avis du Tribunal, fondé sur le postulat selon lequel le coût total serait supporté par la SRC. Le Tribunal a estimé que les annonceurs eux-mêmes seraient peut-être tout à fait disposés à supporter une partie du fardeau financier, et il n'était pas persuadé que la SRC subirait un désavantage concurrentiel en imposant le sous-titrage des messages publicitaires. Aucune étude de quelque sorte que ce soit n'avait été faite en vue de quantifier les conséquences économiques qui découlaient pour le réseau si le réseau devait insister pour que toutes les annonces publicitaires soient fournies en format sous-titré. Et de plus, on n'avait pas non plus cherché à discuter de la question avec les publicitaires dans le but de déterminer si une telle initiative se heurterait effectivement à de la résistance, ou si, avec une certaine éducation, les publicitaires pourraient être persuadés d'adhérer au concept[59]. En d'autres termes, la SRC n'avait pas examiné toutes les formes possibles d'aménagements susceptibles de régler le problème des sourds et des malentendants dans l'accès à la publicité. La preuve se rapportant à l'autopublicité était elle aussi insuffisante aux yeux du Tribunal, puisque les coûts hypothétiques n'étaient rien de plus qu'une vague estimation[60]. Quant aux bulletins de manchettes, le Tribunal a refusé d'accepter les estimations logistiques et estimations de coûts présentées par la SRC, en donnant à entendre qu'elles étaient très exagérées.

L'essentiel de la conclusion du Tribunal portait sur la faiblesse de la preuve présentée par le télédiffuseur[61], mais deux points soulevés dans son analyse méritent d'être rappelés. D'abord, la norme ou politique établie par la SRC visait à accroître graduellement, et dans les limites de ses ressources, le recours au sous-titrage. Il s'agissait là d'une démarche évolutive, qui ne garantissait pas nécessairement que

[59] *Ibid.*, paragraphe 116.
[60] *Ibid.*, paragraphe 123.
[61] Pour résumer, le Tribunal s'est exprimé ainsi : « Il ne fait aucun doute que la SRC est une organisation qui subit une tension importante en raison des récentes réductions budgétaires. Il se peut fort bien que, suite à ces pressions, la SRC n'ait pas accordé toute son attention à la question de l'accès pour les personnes sourdes et malentendantes. Elle peut ne pas avoir ressenti le besoin de le faire étant donné qu'au cours des dernières années, la SRC a atteint les objectifs que lui avait fixés le CRTC. Cependant, après avoir tenu compte de toutes les preuves présentées par la SRC dans la présente affaire, j'avais la nette impression que, bien que des améliorations importantes au niveau du sous-titrage aient été mises en œuvre au cours des récentes années, si la Société faisait preuve d'un peu de bonne volonté et d'imagination, on pourrait réaliser des progrès considérables relativement au sous-titrage par rapport à ce qui s'est produit jusqu'à maintenant ». Paragraphe 141.

tous les programmes télédiffusés seraient sous-titrés. C'est cette politique que la décision du Tribunal a en réalité mise en doute. C'est l'évidence lorsque l'on considère l'ordonnance du Tribunal : « Le réseau de langue anglaise de la SRC et Newsworld doivent sous-titrer la totalité de leur programmation télévisuelle, y compris les émissions de télévision, les annonces publicitaires, les promos et les nouvelles de dernière heure imprévues, dès l'entrée en ondes et jusqu'à la fin des émissions. Conformément aux dispositions de l'alinéa 53(2)*b*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ceci doit se faire dès que les circonstances le permettent »[62].

Le Tribunal s'est également exprimé sur les normes et exigences du CRTC qui s'appliquent à la SRC. S'agissant du sous-titrage, le CRTC avait félicité à plusieurs reprises la SRC de dépasser très nettement les exigences imposées par le CRTC. Examinant les décisions prises par le CRTC, le Tribunal a noté que : « ... le CRTC applique un test différent pour déterminer la mesure dans laquelle le sous-titrage doit être fourni, test différent de celui qu'utilise le Tribunal dans le cas d'une plainte relative aux droits de la personne »[63]. Le Tribunal était disposé à accorder un poids considérable aux décisions du CRTC sur les aspects techniques, mais il a jugé que les aspects se rapportant à la prise en compte des besoins des sourds et des malentendants ne pouvaient être résolus au moyen d'exigences imposées par le CRTC.

L'affaire *Simser c. la Cour canadienne de l'impôt* a également marqué un jalon important dans l'adoption de mesures d'accommodement pour les personnes sourdes ou malentendantes.

M. Simser, qui est une personne sourde, était stagiaire en droit au ministère de la Justice de juin 1997 à août 1998. Ses fonctions l'amenaient entre autres à comparaître de temps en temps devant la Cour canadienne de l'impôt. Il avait demandé à la Cour de prendre à son égard des mesures d'accommodement en fournissant des services de sous-titrage simultané lorsqu'il devait comparaître. Quand la Cour a refusé de défrayer de tels services, le ministère de la Justice a décidé d'en assumer le coût.

M. Simser a porté plainte le 13 janvier 1999 en vertu de l'article 5 de la *Loi* alléguant que la Cour canadienne de l'impôt avait fait preuve de discrimination en ne lui fournissant pas des services habituellement offerts aux membres du public, plus particulièrement

---

[62] *Ibid.*, paragraphe 144. Le Tribunal a aussi accordé 10 000 $ de dommages-intérêts à M. Vlug pour souffrances corporelles.
[63] *Ibid.*, paragraphe 32.

en ne donnant pas suite à sa demande de mesures d'accommodement relativement au sous-titrage simultané des procédures.

Un tribunal ayant été nommé pour entendre la plainte, les procédures devaient débuter le 11 septembre 2000. Toutefois, avant que cette cause ne soit entendue, la Cour canadienne de l'impôt émettait (le 5 septembre 2000) un avis aux avocats établissant la politique suivante, en vigueur immédiatement :

- Lorsqu'une personne sourde ou malentendante comparaît devant la Cour, le greffier retiendra et paiera les services d'un sous-titreur en temps réel ou d'un interprète gestuel compétent et indépendant ou utilisera toute autre méthode d'interprétation bien connue qu'il aura approuvée.

- Cette politique s'applique à toutes les parties et à tous les témoins comparaissant devant la Cour ainsi qu'aux avocats et étudiants stagiaires qui plaident devant celle-ci.

À la suite de cette modification de la politique de la Cour, M. Simser a retiré sa plainte et le Tribunal a émis un avis de désistement.

La Commission est entrée en contact avec d'autres tribunaux fédéraux pour les encourager à suivre l'exemple de la Cour canadienne de l'impôt. Elle a également informé les commissions provinciales des droits de la personne de cette importante initiative en matière de droits de la personne concernant les sourds et les malentendants au Canada.

Une décision rendue par le Tribunal dans l'affaire *Shannon Wachal et Commission canadienne des droits de la personne c. Manitoba Pool Elevators*[64] montre encore une fois le rôle important des questions de preuve lorsqu'il s'agit d'établir les faits essentiels d'une accusation de discrimination. M^me^ Wachal, qui travaillait pour Manitoba Pool Elevators avait été congédiée après seulement quatre mois après le début de son emploi, en raison de ses absences excessives. Au cours des quatre mois, elle avait été absente pendant un total de 11 jours à six occasions distinctes. M^me^ Wachal prétendait que ses absences étaient le résultat de réactions allergiques et asthmatiques causées par les rénovations faites dans l'édifice où elle travaillait. Elle a déposé une plainte dans laquelle elle affirmait qu'il avait été mis fin à son emploi en raison de sa déficience et que rien n'avait été fait pour tenir compte de son état.

[64] (27 septembre 2000), D.T. 5/00 (TCDP).

Il n'a pas été contesté devant le Tribunal que M^me^ Wachal souffrait d'allergies et d'asthme. Cependant, le lien entre cet état et ses absences du travail reposait sur des témoignages qui soulevaient de graves questions de crédibilité. Ainsi, M^me^ Wachal avait été absente deux fois avant que les rénovations (la cause prétendue de ses réactions) eurent commencé à l'étage de l'édifice où elle travaillait. De plus, toutes ses absences (sauf une) se produisaient aux dates d'établissement des rapports de fin de mois et de fin d'exercice, lorsque l'exécution de ses tâches était particulièrement importante. Le Tribunal a jugé que « M^me^ Wachal n'a fourni aucune explication plausible quant à la raison pour laquelle la poussière et les allergènes engendrés par les travaux de rénovation lui causent habituellement des problèmes aux dates de remise des rapports de fin de mois, mais pas les autres jours du mois. Elle n'a pas non plus fourni de raison plausible pour laquelle elle n'a pas dit à M^me^ Blundon ou à quiconque d'autre chez Manitoba Pool Elevators que les travaux de rénovation provoquaient chez elle de sérieux problèmes de santé »[65]. S'ajoutait à cela ce que le Tribunal a qualifié de lacunes importantes dans la preuve médicale. Cette preuve n'a été présentée que sous la forme de certificats écrits et de rapports médicaux sans qu'il fût possible d'interroger le médecin qui les avait préparés. À première vue, les documents écrits ne renfermaient aucun détail sur la nature de l'incapacité ou de la maladie de M^me^ Wachal, ni n'indiquaient qu'ils avaient été préparés à la suite de consultations avec la patiente. Le Tribunal a conclu que la preuve médicale était « insuffisante pour appuyer la conclusion voulant que les absences du travail de M^me^ Wachal étaient dues à sa déficience »[66]. Le peu de crédibilité accordée au témoignage de M^me^ Wachal (qui affirmait avoir d'importantes réactions allergiques lorsqu'elle travaillait) a également incité le Tribunal à accepter la version d'un autre témoin à propos de l'absence de symptômes visibles liés aux allergies et à l'asthme de M^me^ Wachal. Le Tribunal a aussi souligné que M^me^ Wachal n'avait pas appelé de collègues qui auraient pu corroborer son témoignage concernant ses réactions allergiques sur les lieux de travail. Compte tenu de ces problèmes de preuve, le Tribunal a jugé, selon la prépondérance de la preuve, que M^me^ Wachal et la Commission n'avaient pas prouvé que les absences de la plaignante étaient dues à une déficience et qu'il avait été mis fin à son emploi en raison de cette déficience.

Une importante décision concernant la discrimination fondée sur la déficience a été rendue cette année par la Cour suprême. La Cour a

[65] *Ibid.*, paragraphe 39.
[66] *Ibid.*, paragraphe 45.

examiné la portée du mot « handicap », dans l'article 10 de la *Charte québécoise des droits et libertés*[67] *(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*[68]. Elle a interprété ce mot en se référant à la signification donnée au mot « déficiences », qui apparaît à l'article 15 de la *Charte* canadienne. La Cour suprême a été saisie de la question à la faveur d'appels de deux jugements contradictoires rendus par des tribunaux inférieurs. Dans l'un des procès, le demandeur avait été débouté parce que la preuve médicale objective n'établissait pas que son anomalie physique entraînait une quelconque limite fonctionnelle[69]. Dans l'autre affaire, une définition étroite de ce qui constituait une discrimination fondée sur le handicap a été élargie de manière à englober un volet subjectif, c'est-à-dire la subjectivité de ceux dont la décision a pour effet de refuser à quelqu'un une possibilité d'emploi[70]. Il n'était pas contesté, dans les deux cas, que des décisions en matière d'emploi avaient été prises en fonction du fait que les anomalies physiques existaient, mais sans qu'elles entraînent pour autant une incapacité d'effectuer les tâches en question. Toutefois, les employeurs ont exprimé l'avis qu'elles pourraient plus tard entraîner un risque plus élevé d'absentéisme en raison de l'apparition de divers problèmes de santé.

Quant à savoir si un handicap réel doit être établi pour fonder une accusation de discrimination, la Cour suprême s'est exprimée ainsi :

> « ... le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles. La nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes, ici l'employeur »[71].

---

[67] L.R.Q. c. C-12.

[68] *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

[69] Il s'agissait d'anomalies mineures de la colonne vertébrale, dont les employeurs croyaient qu'elles pourraient conduire éventuellement à des douleurs lombaires. Voir le paragraphe 3 de l'arrêt, p. 671-672.

[70] Il s'agissait en l'occurrence de la maladie de Crohn, une inflammation intestinale.

[71] *Supra*, note 68, paragraphe 39, p. 687.

La démarche comparative dont fait état cet arrêt renforçait ainsi la conclusion selon laquelle la notion de handicap « ... doit comprendre une affection, même sans limitation fonctionnelle, ainsi que la perception d'une telle affection »[72]. La notion de handicap était assez large pour interdire la discrimination fondée sur l'idée subjective selon laquelle telle personne risque plus tard de présenter un handicap[73]. La Cour a souligné que l'évaluation d'une possible discrimination fondée sur la ou les déficiences requiert davantage que l'évaluation strictement médicale de l'état d'une personne, encore que cette évaluation ne soit pas inutile. La Cour suprême s'est exprimée ainsi :

« Ce n'est toutefois pas dire qu'il faille écarter les fondements biomédicaux du « handicap » mais plutôt souligner que, pour les fins de la *Charte*, il importe d'aller au-delà de ce seul critère. C'est alors qu'une approche multidimensionnelle qui tient compte de l'élément sociopolitique s'avère très pertinente. En mettant l'emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un « handicap ». Ainsi, une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes »[74].

Tous ces facteurs étant considérés, et à la lumière des faits de l'affaire dont elle était saisie, la Cour suprême a jugé que les plaignants avaient été les victimes d'une discrimination fondée sur les déficiences.

Âge

Dans l'affaire *Robert Carter et Commission canadienne des droits de la personne c. Forces armées canadiennes*[75], un Tribunal a examiné la période qu'il convient de retenir dans l'évaluation de dommages-intérêts pour perte de salaire subie par suite d'une discrimination. La discrimination en question, qui n'a pas été

---

[72] *Ibid.*, paragraphe 72, p. 697.

[73] S'agissant de l'élément subjectif, la Cour s'est exprimée ainsi : « La méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi et l'approche contextuelle, y compris une analyse des objectifs de la législation en matière de droits de la personne, de la façon dont le mot « handicap » et d'autres termes similaires ont été interprétés ailleurs au Canada, de l'historique législatif, de l'intention du législateur et des autres dispositions de la *Charte*, militent en faveur d'une définition large du mot « handicap », qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l'élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif. » Paragraphe 71, p. 697.

[74] *Ibid.*, paragraphe 77, p. 699.

[75] (2 mars 2000), D.T. 2/00 (TCDP).

contestée, concernait les régles de retraite obligatoire des Forces armées. Ces règles avaient été déclarées discriminatoires par décision d'un Tribunal en date du 14 août 1992 (*Martin et al. c. Forces armées canadiennes*). Elles ont par la suite été amendées pour constituer des exceptions au sens de l'alinéa 15(1)*b*) de la *Loi* à la faveur de nouveaux règlements adoptés le 3 septembre 1992[76]. M. Carter avait été obligé de quitter les Forces armées le 27 mai 1992, après avoir atteint l'âge de la retraite obligatoire, soit 50 ans.

S'appuyant sur la décision *Martin*, M. Carter et la Commission ont soutenu que la période à retenir pour le calcul d'une perte de salaire dans un tel cas devrait être de deux ans. Le Tribunal a plutôt adopté le point de vue selon lequel les modifications apportées aux *Ordonnances et Règlements Royaux applicables aux Forces canadiennes*[77] doivent être prises en considération dans le calcul de dommages-intérêts pour perte de salaire : « lorsqu'un acte discriminatoire cesse, on doit tenir compte de ce fait afin de déterminer la période pour laquelle une personne peut réclamer un dédommagement pour le salaire perdu »[78]. Eu égard à l'ensemble des circonstances qui avaient donné lieu à la plainte de M. Carter, le Tribunal a jugé que la période à retenir pour le calcul de la perte de salaire était la période allant de la date de sa mise à la retraite obligatoire et la date des modifications apportées aux *Ordonnances et Règlements Royaux*. C'est là un résultat décevant pour M. Carter vu que ses pertes ont continué à s'accentuer après les modifications apportées aux *Ordonnances et Règlements Royaux*. Un point favorable mérite d'être noté cependant : le Tribunal a jugé que le revenu de pension et l'indemnité de départ ne devraient pas être pris en considération dans la détermination de sa perte de salaire.

---

[76] *Martin et al. c. Forces armées canadienne* (1992), 17 C.H.R.R. D/435 [ci-après *Martin* fait référence T.C.D.P].

[77] (Révision de 1994), Volume 1 (Administration), publié sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C., 1985, *c.* N-5 [les « *Ordonnances et Règlements royaux* »].

[78] *Supra*, note 75, page 8 de 13.

Contrôle judiciaire des questions de procédure et de compétence

Normes d'indépendance et d'impartialité

Dans l'affaire *Zundel c. Citron*[79], la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur la norme d'impartialité applicable aux membres d'un Tribunal des droits de la personne. La question s'est posée durant une audience se rapportant à une plainte selon laquelle M. Zundel exploitait un site Web dont le contenu était susceptible d'exposer une personne ou des personnes à la haine ou au mépris en raison du fait que cette personne ou ces personnes sont identifiables sur la base d'un motif de distinction illicite, et cela contrairement au paragraphe 13(1) de la *Loi*. Plusieurs années avant cette plainte, M. Zundel avait été reconnu coupable d'une infraction au *Code criminel*, à savoir le fait d'avoir publié délibérément une brochure qu'il savait être fausse et susceptible de causer un préjudice ou un méfait à l'intérêt public. (La brochure niait que l'Holocauste ait jamais eu lieu.) La condamnation de M. Zundel a plus tard été infirmée par la Cour suprême du Canada, qui a jugé que l'infraction criminelle dont il avait été déclaré coupable allait à l'encontre de la liberté d'expression prévue par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Après le procès de M. Zundel, le président de la Commission ontarienne des droits de la personne avait diffusé un communiqué de presse dans lequel il applaudissait à la condamnation de M. Zundel et aux sanctions dont il avait fait l'objet [TRADUCTION] « pour avoir nié la vérité des souffrances vécues par le peuple juif, souffrances qui leur avaient été infligées uniquement en raison de leur religion et de leur origine ethnique »[80].

La Cour d'appel fédérale a éventuellement jugé que M^me^ Devins ne pouvait susciter une crainte raisonnable de partialité. Elle a d'abord énoncé le critère qui devrait s'appliquer dans l'examen d'une telle accusation, en citant la Cour suprême du Canada : « La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Ce critère consiste à se demander à quelles conclusions en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique »[81]. Ce critère à l'esprit, la Cour d'appel a examiné le contenu du communiqué de presse attaqué et a conclu que les affirmations raisonnablement attribuables à la Commission ontarienne tout entière étaient sans rapport avec la question que devait trancher le Tribunal des droits de la personne. Ces affirmations concernaient le refus de M. Zundel de reconnaître l'Holocauste, un refus qui avait soulevé la question de la véracité à son procès criminel. S'agissant d'une plainte selon le paragraphe 13(1) de la *Loi*, la véracité ou

[79] [2000] 4 C.F. 225 (C.A.).
[80] *Ibid.*, paragraphe 3.
[81] *Ibid.*, paragraphe 15, citant [1997] 3 R.C.S. 484, p. 530

l'absence de véracité de déclarations n'intéresse pas la question de savoir si la plainte est étayée. Compte tenu de cette différence cruciale dans les questions à trancher, la Cour d'appel n'a vu aucun lien rationnel entre les affirmations attribuables à la Commission ontarienne (dont M^me^ Devins était membre à l'époque) et la question d'une crainte raisonnable de partialité en ce qui concernait M^me^ Devins comme membre d'un Tribunal des droits de la personne 10 ans plus tard. Une affirmation figurant dans le communiqué de presse et directement attribuable au seul président de la Commission ontarienne aurait pu être pertinente à cette question, mais la Cour d'appel a estimé qu'elle ne pouvait raisonnablement être attribuée à M^me^ Devins et donc ne pouvait être invoquée pour fonder une crainte raisonnable de partialité en ce qui la concernait.

La Cour d'appel s'est également exprimée sur la question de savoir quel niveau d'impartialité doivent avoir les décideurs. Elle a reconnu que la jurisprudence établit un seuil d'impartialité plus faible pour de tels décideurs, et que dans certains cas des organismes peuvent être investis de pouvoirs d'adjudication et qu'ils sont par conséquent soumis à une norme variable selon la fonction exercée, mais la Cour d'appel a souligné que le Tribunal des droits de la personne exerçait des fonctions purement juridictionnelles. Voici ses propos : « ... il n'existe aucune disposition légale à l'appui de la thèse selon laquelle le législateur voulait expressément que les membres du Tribunal canadien des droits de la personne remplissent des fonctions d'élaboration de politiques à l'égard des questions mêmes sur lesquelles ils devraient par la suite statuer »[82]. S'agissant de la Commission ontarienne des droits de la personne, la Cour d'appel a noté qu'elle était investie de pouvoirs décisionnels et qu'elle avait l'obligation d'éduquer et d'informer le public. Elle a rejeté l'idée selon laquelle le communiqué de presse de la Commission ontarienne des droits de la personne était tout à fait inopportun. À son avis, les déclarations que ce communiqué renfermait s'accordaient avec le mandat de la Commission ontarienne, qui était de promouvoir la reconnaissance de la dignité et de la valeur de toute personne.

M. Zundel, dans une autre demande présentée à la Cour fédérale, a tenté également de mettre en doute l'impartialité de la décision initiale de la Commission de nommer un tribunal qui devait statuer sur la plainte se rapportant au site Web[83]. Il a soutenu que la vice-présidente de la Commission avait fait des discours dans lesquels elle exprimait des idées sur des questions se rapportant au site Web, ainsi

[82] *Ibid.*, paragraphe 61.
[83] *Zundel c. P.G. du Canada et al.* (13 décembre 2000), n° du greffe A-388-99 (C.F.A.).

qu'à l'application de la *Loi*, questions sur lesquelles un tribunal serait appelé à statuer. Comme elle avait participé à la décision de renvoyer à un tribunal la plainte déposée contre M. Zundel, il a soutenu que le renvoi du tribunal était entaché de partialité. Un juge des requêtes, ainsi que la Cour d'appel fédérale, ont rejeté les arguments de M. Zundel et refusé sa demande de contrôle judiciaire[84].

La question de l'impartialité et de l'indépendance institutionnelles a été soulevée de façon générale dans l'affaire *Bell Canada c. ACET, CEP et Femmes Action et la CCDP*[85]. Il s'agit là d'un important précédent intéressant la parité salariale, dans lequel Bell affirmait que le Tribunal n'avait pas l'indépendance et l'impartialité requises pour disposer valablement de l'affaire dont il était saisi. Bell soutenait que le Tribunal était dépourvu d'indépendance institutionnelle parce qu'il était lié par des ordonnances prises par la Commission et qu'il ne répondait pas aux exigences d'inamovibilité et de sécurité financière.

Examinant la question du parti pris institutionnel, la Cour fédérale a souligné que l'indépendance et l'impartialité des organismes judiciaires et quasi judiciaires comportent trois éléments essentiels : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative (caractéristiques énoncées dans l'affaire *Valente c. La Reine et al.*[86]) La Cour a aussi reconnu que les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'afficher le même niveau d'indépendance que les cours de justice. Pour savoir quel niveau d'indépendance institutionnelle est applicable à un tribunal administratif, il est nécessaire de considérer les fonctions exercées par le tribunal, sa nature, et les intérêts en jeu. S'agissant d'un Tribunal des droits de la personne, la Cour a jugé qu'un niveau élevé d'indépendance est requis parce qu'un Tribunal des droits de la personne exerce des fonctions d'adjudication à l'égard de droits et d'intérêts de nature quasi constitutionnelle[87].

S'agissant de la question du pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances, la Cour fédérale a jugé que le caractère obligatoire des ordonnances était incompatible avec les garanties d'indépendance

---

[84] M. Zundel a également soulevé des arguments constitutionnels se rapportant à l'application de certaines dispositions de la *Loi* aux activités se déroulant en dehors du Canada, ainsi que des arguments fondés sur la prétendue violation de la liberté d'expression. La Cour d'appel a jugé que ces arguments étaient prématurés et essentiellement sans rapport avec la décision de renvoyer l'affaire à un tribunal. Elle a laissé sans réponse la question de savoir si tels arguments seraient examinés plus tard au moment où serait rendue la décision.

[85] (2 novembre 2000), n° du greffe T-890-99 (F.C.A.). Cette décision se rattache à une autre décision de la Cour fédérale qui portait sur des points identiques et similaires, et que l'on appelle souvent l'affaire Bell n° 4 (voir [1998] 3 C.F. 244).

[86] *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673; voir également [1998] 3 C.F. 244 (C.F., 1re inst.) (affaire Bell Canada n° 4).

[87] *Supra*, note 85, paragraphe 67.

et d'impartialité institutionnelles. Comme l'a affirmé la Cour : [TRADUCTION] « Elle donne à la Commission un statut spécial dont ne pourrait bénéficier aucune autre partie comparaissant devant le tribunal. Elle peut influencer le tribunal en lui disant comment interpréter la loi... Ce pouvoir est tout à fait spécial. Aucun pouvoir de réglementation conféré par un quelconque texte législatif ne permet à une partie de déterminer l'étendue et la manière dont la législation habilitante doit être interprétée »[88]. Sur ce seul fondement, la Cour fédérale a jugé qu'il existait une crainte raisonnable de partialité institutionnelle.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour fédérale a rejeté les arguments selon lesquels l'*Ordonnance sur la parité salariale*[89] prise en conformité avec la *Loi sur les textes réglementaires*[90] devrait être considérée comme un règlement et ne saurait donc être suspectée de réduire l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du Tribunal. En outre, de l'avis de la Cour, le Tribunal n'avait pas compétence pour la déclarer nulle et de nul effet. Selon la cour comme la *Loi* ne donne pas à un Tribunal des droits de la personne le pouvoir général d'examiner des questions de droit, un tel tribunal ne peut donc examiner la validité constitutionnelle d'une disposition législative ou réglementaire. Son pouvoir se limite à interpréter et à appliquer la *Loi* en vue de régler les différends dont il est saisi. À l'appui de sa position, la Cour a adopté le raisonnement énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*[91].

La Cour fédérale a aussi examiné le pouvoir du président du Tribunal de proroger le mandat d'un membre d'un tribunal qui prend fin au cours d'une instruction. Sur ce point, la Cour fédérale a adopté le raisonnement de la Cour suprême selon lequel [TRADUCTION] « l'inamovibilité requiert que le mandat d'un décideur ne doit faire

---

[88] *Ibid.*, paragraphes 76-78.
[89] D.O.R.S. /86-1082.
[90] L.R.C. 1985, c. S-22.
[91] [1996] 3 R.C.S. 854. Voici les propos de la Cour : « ... un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des frais dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne ». Page 897.

l'objet d'aucune forme d'entrave discrétionnaire ou arbitraire »[92]. La Cour a donc jugé que [TRADUCTION]

> « le principe de l'indépendance institutionnelle requiert qu'un tribunal soit structuré de manière que ses membres soient indépendants. En l'espèce, la capacité d'un membre de continuer de siéger dans une affaire dépendra du pouvoir discrétionnaire du président. La difficulté n'est pas nécessairement dans la manière dont le pouvoir discrétionnaire est exercé, mais plutôt dans l'existence du pouvoir lui-même... Il n'existe aucune garantie objective que la perspective d'une prorogation des fonctions d'un membre du tribunal après l'expiration de son mandat ne sera pas compromise par les décisions, passées ou actuelles, prises par ce membre »[93].

Vu les problèmes touchant l'indépendance institutionnelle du Tribunal, la Cour fédérale a cassé les décisions préliminaires rendues par le Tribunal et ordonné que la plainte ne fasse pas l'objet d'autres procédures jusqu'à ce que les problèmes aient été corrigés. La Commission fait appel de ce jugement à la Cour d'appel.

Étant donné les conséquences diverses du jugement rendu dans l'affaire Bell examinée ci-dessus[94], il n'est sans doute pas surprenant que des personnes comparaissant devant d'autres tribunaux des droits de la personne tentent d'invoquer ce jugement dans le dessein de faire cesser d'autres audiences. Ce fut le cas dans l'affaire *Ernst Zundel c. Commission canadienne des droits de la personne et al.*[95] M. Zundel a soulevé dans cette affaire des arguments semblables à ceux de Bell Canada à propos de l'indépendance institutionnelle du Tribunal. Il a soulevé ses arguments après le début de l'instance, mais peu après qu'une décision correspondante dans l'affaire Bell eut été rendue. Le Tribunal a estimé qu'il avait renoncé à son droit de mettre en doute l'indépendance institutionnelle du tribunal.

La Cour d'appel fédérale a finalement maintenu la décision du Tribunal. Elle a fait observer que de nombreux précédents appuyaient la proposition selon laquelle le principe de la renonciation s'applique aux allégations de partialité institutionnelle. La Cour d'appel a aussi rejeté l'affirmation de M. Zundel selon laquelle il n'avait en réalité jamais renoncé à son droit de faire valoir l'absence d'indépendance et d'impartialité du Tribunal. La Cour a reconnu qu'une renonciation

---

[92] *Supra*, note 85, paragraphe 106.
[93] *Ibid.*, paragraphes 109 et 111.
[94] Ainsi que la décision connexe appelée l'affaire Bell n° 4; voir la note 85.
[95] (10 novembre 2000), n° du greffe A-215-99 (C.F.A.).

doit être faite librement et en pleine connaissance de tous les faits pertinents, mais elle a aussi conclu que [TRADUCTION]

> « ... ce sont les dispositions de la *Loi* elle-même telles qu'elles étaient formulées lorsque l'audience a débuté qui ont entraîné la crainte raisonnable de partialité, et que rien n'empêchait l'appelant de contester la validité de la procédure dès le début sur ce fondement. L'affaire *Bell Canada*, précitée, n'a rien changé sur ce point et n'a pas présenté à l'appelant de nouveaux faits. Elle n'a fait qu'attirer l'attention de l'appelant sur l'insuffisance de la loi. Il me semble donc que ce n'était pas une raison pour ne pas soulever dès le début la question de l'indépendance institutionnelle. Au lieu de cela, l'appelant, qui était représenté en permanence par un avocat, s'est soumis à l'audience engagée devant le tribunal sans soulever la moindre objection jusqu'au moment où il a déposé sa requête »[96].

À la lumière de ces conclusions, la demande de M. Zundel a été rejetée.

Contrôle judiciaire des décisions interlocutoires

Cette année, la Cour fédérale a confirmé son hésitation à revoir des décisions interlocutoires avant que les procédures n'aient été menées à terme. Cette question s'est posée aussi dans l'affaire *Zundel*, encore que dans une décision distincte[97]. Pendant l'instance devant le Tribunal, M. Zundel voulait procéder à un type de contre-interrogatoire auquel on s'était objecté. Le Tribunal a rejeté ses prétentions. M. Zundel a également présenté un témoin qu'il voulait faire reconnaître comme expert dans son domaine. Le Tribunal a refusé de reconnaître le témoin comme tel. M. Zundel a demandé le contrôle judiciaire de ces deux décisions avant que ne prenne fin l'instruction devant le Tribunal.

La Cour d'appel fédérale (qui a été saisie de l'affaire après que le juge de première instance eut statué en faveur de M. Zundel) a énoncé la règle générale selon laquelle, sauf le cas des exceptions déclinatoires, les décisions rendues pendant les procédures d'un tribunal ne devraient pas être contestées tant que ladite procédure n'a pas pris fin. La Cour a souligné que la raison d'être de cette règle « ... est le fait que pareilles demandes de contrôle judiciaire peuvent en fin de compte être tout à fait inutiles : un plaignant peut en fin de compte avoir gain de cause, de sorte que la demande de contrôle judiciaire n'a plus de raison d'être. De plus, les retards et frais inutiles associés

---

[96] *Ibid.*, paragraphe 8.
[97] *Zundel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.).

à pareils appels peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice »[98]. M. Zundel a soutenu que les deux décisions visées par le contrôle étaient si importantes qu'elles intéressaient la compétence même du Tribunal, mais la Cour d'appel ne l'a pas suivi. Voici comment elle s'est exprimée :

« Les décisions en cause dans ces appels sont de simples décisions en matière de preuve qui ont été rendues au cours d'une audience. Pareilles décisions sont constamment rendues par les cours de première instance et par les tribunaux et s'il était permis d'interjeter appel contre ces décisions, la justice pourrait être retardée pour une période indéfinie. Il a été statué que des questions comme la partialité et la compétence que possède un tribunal de trancher des questions constitutionnelles ou de rendre des jugements déclaratoires impliquent la compétence même du tribunal et qu'elles constituent donc des circonstances spéciales justifiant le contrôle judiciaire immédiat d'une décision interlocutoire rendue par un tribunal »[99].

Les arguments de M. Zundel ont donc été rejetés et la décision du juge des requêtes a été infirmée.

La Cour fédérale a eu l'occasion de réitérer la position énoncée dans l'affaire Zundel, et cela à l'occasion de deux demandes de contrôle judiciaire de décisions interlocutoires découlant de l'affaire *Bell Canada c. ACET, CEP et Femmes Action et la CCDP*[100]. L'affaire concerne un différend de longue date en matière de parité salariale. L'une des demandes portait entre autres sur une requête préliminaire pour rejet des plaintes, qualifiées de nulles pour cause d'imprécision, ou de nulles pour faute d'éléments essentiels d'une plainte valide. La deuxième demande concernait la prétendue confidentialité de documents que Bell voulait exclure de la preuve présentée au Tribunal. Les deux requêtes ont été rejetées par le Tribunal.

Dans deux demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a jugé qu'il était prématuré de contester la validité des décisions interlocutoires rendues par le Tribunal. S'agissant de la première demande, la Cour n'a pu trouver aucune circonstance spéciale, telle une erreur possible mettant en jeu la compétence, ou une décision portant sur un droit fondamental, qui aurait pu justifier son intervention. Elle s'en est plutôt rapportée au raisonnement énoncé dans l'affaire Zundel, en soulignant que la demanderesse (Bell) ne

---

98 *Ibid.*, paragraphe 10.
99 *Ibid.*, paragraphe 15.
100 (20 juin 2000), n° du greffe T-756-00, (C.F. 1re inst.); (7 juillet 2000), n° du greffe T-2281-99, (C.F. 1re inst.).

subirait aucun préjudice grave si elle était tenue de continuer les procédures devant le Tribunal sans que soient résolues les questions soulevées dans sa demande. La Cour a fait observer que, en cas d'échec de Bell dans l'affaire originale, Bell pourrait éventuellement présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision finale, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*[101], et la Cour pourrait alors tenir compte de l'erreur commise en rejetant les requêtes préliminaires. S'agissant de la deuxième demande, la Cour a là encore adopté le raisonnement énoncé dans l'affaire Zundel, en indiquant que la plupart des décisions interlocutoires se rapportant à la preuve ne mettaient pas en jeu la compétence d'un tribunal. La Cour a également jugé qu'une décision d'admettre une preuve qui est pertinente n'est pas la même chose qu'une décision de rejeter une preuve, car un tel rejet aurait un effet sur l'équité de la procédure et équivaudrait à une transgression des règles de justice naturelle. Le droit d'un justiciable touché par une décision d'être entendu est un élément important des règles de justice naturelle, mais il n'est pas porté atteinte à ce droit lorsqu'une preuve est jugée recevable malgré l'opposition d'une partie. Dans ce dernier cas, [TRADUCTION] « la recevabilité de cette preuve peut par la suite donner lieu à une allégation selon laquelle le tribunal a agi sur la base de facteurs non pertinents, mais uniquement après que le tribunal a rendu une décision au fond »[102].

Rejetant les deux demandes, la Cour s'est demandé si Bell devrait faire l'objet d'une sanction pour avoir imposé des délais et des frais additionnels en présentant une demande de contrôle judiciaire qui a finalement échoué. L'intimée avait soutenu que l'affaire constituait une pratique qui devrait être décourageée. La Cour a montré une certaine sympathie pour les inquiétudes soulevées par l'intimée, mais elle a estimé que la preuve était insuffisante et ne lui permettait donc pas de tirer une conclusion définitive. Voici ses propos : [TRADUCTION] « Il est évident qu'une instance comme celle-ci entrave et retarde le travail d'un organisme investi d'obligations par la loi. Toutefois, en l'absence d'une preuve de l'intention de retarder le procès ou de l'épuiser par l'usure, je ne suis pas disposé à sanctionner Bell en lui imposant des dépens avocat-client. Mais, vu les efforts que les intimés ont dû accomplir, ils obtiendront leurs dépens selon l'extrémité supérieure de la colonne V, payables dès leur liquidation »[103].

---

[101] *Supra*, note 41, art. 18(1).
[102] *Ibid.*, n° du greffe T-756-00, paragraphe 15.
[103] *Ibid.*, paragraphe 21.

Contrôle judiciaire des décisions de la Commission — Confirmation et clarification de l'obligation d'équité procédurale

La Cour fédérale a examiné plusieurs cas où la Commission avait rejeté des plaintes de discrimination. Il a été confirmé, dans l'affaire *Todd Bourgeois c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, Paule Guillemette*[104], que la norme de contrôle d'une décision de la Commission de rejeter une plainte impose aux cours de justice un niveau très élevé de retenue. Une cour de justice n'interviendra que lorsqu'il y a eu atteinte à l'équité procédurale ou lorsqu'est rendue une décision qui n'est pas supportée par la preuve présentée à la Commission. Il n'appartient pas aux cours de justice de réexaminer la preuve et d'arriver à leurs propres conclusions. Dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du demandeur, en faisant observer qu'il avait eu l'occasion de faire des observations sur le rapport de l'enquêteur, ce qu'il avait fait par écrit, et que les dites observations ainsi que le rapport étaient entre les mains de la Commission lorsque celle-ci avait rendu sa décision.

La Cour fédérale est arrivée à une conclusion semblable dans l'affaire *Trudy Close c. Air Canada*[105]. Dans cette affaire, la Cour fédérale a rappelé qu'il n'était pas nécessaire que la décision de la Commission de rejeter une plainte soit le résultat d'une rigoureuse observation des règles formelles de justice naturelle pouvant s'appliquer à une procédure judiciaire. Dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour a jugé que les parties concernées avaient été priées de soumettre par écrit leur position ainsi que les documents se rapportant à la plainte. C'est ce qu'avait fait l'intimée, puis, après le rapport de l'enquêteur, la plaignante avait présenté ses propres représentations par écrit. Comme la procédure ne laissait apparaître aucune atteinte à l'équité procédurale, et puisque la décision de la Commission n'était pas fondée sur des conclusions de fait erronées, tirées de façon abusive ou arbitraire, la décision de la Commission de rejeter la plainte a été confirmée par la Cour.

Il existe un exemple où la Cour a jugé que la Commission avait contrevenu aux règles de l'équité procédurale. Il s'agit de l'affaire *Charlotte Hutchinson c. Christine Stewart (ministre de l'Environnement du Canada)*[106]. Après examen de la plainte, la Commission avait conclu que les circonstances de cette affaire ne lui permettaient pas de conclure à une discrimination et que le ministère fédéral en question s'était en réalité efforcé de tenir compte de la déficience de la plaignante. La Commission avait donc refusé de demander la nomination d'un tribunal pour qu'il statue sur le

[104] (27 mars 2000) n° du greffe T-1327-99, (C.F. 1re inst.).
[105] (27 mars 2000) n° du greffe T-496-99, (C.F. 1re inst.).
[106] (26 octobre 2000), n° du greffe T-1072-98, (C.F. 1re inst.).

différend. Dans une demande de contrôle judiciaire de cette décision, M^me^ Hutchinson a prétendu que la Commission ne lui avait pas communiqué l'information que lui avait transmise le ministère concerné (Environnement Canada) à propos de sa plainte. Par conséquent, elle n'avait pas eu la possibilité de répondre pleinement à la position adoptée par le ministère concerné relativement à la plainte déposée contre lui. Plus précisément, une lettre envoyée à l'enquêteur responsable de l'enquête, lettre qui soulevait plusieurs points intéressant l'affaire, n'avait jamais été transmise à la plaignante. La Cour fédérale a jugé qu'une bonne partie de l'information contenue dans cette lettre (lettre préparée par un inspecteur d'Environnement Canada) ne figurait pas dans un rapport ministériel envoyé à l'enquêteur de la Commission et remis à M^me^ Hutchinson. Vu la pertinence de l'information contenue dans la lettre, l'équité procédurale obligeait la Commission à en communiquer le contenu à M^me^ Hutchinson. La Cour s'est exprimée ainsi : [TRADUCTION] « l'enquêteur était tenu d'agir avec équité envers la demanderesse et, pour agir avec équité envers M^me^ Hutchinson, l'inspecteur aurait dû informer celle-ci des déclarations figurant dans la lettre du 22 octobre 1997 afin qu'elle soit en mesure de répondre aux déclarations »[107]. La Commission avait contrevenu également aux règles de l'équité procédurale lorsque sa direction des enquêtes avait omis de transmettre à M^me^ Hutchinson copie d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (une décision concernant M^me^ Hutchinson), décision qui avait été envoyée à la Commission par le ministère concerné après la date limite pour le dépôt des représentations écrites. Cette décision n'avait pas été transmise à la Commission elle-même, mais la Cour fédérale a néanmoins conclu que le fait de ne pas avoir envoyé la décision (où l'on blâmait M^me^ Hutchinson) à la plaignante pour commentaires constituait une atteinte aux règles de l'équité procédurale.

Le refus de la Commission d'accepter une demande du plaignant pour que soient modifiés les motifs de sa plainte peut équivaloir à une violation de l'obligation de la Commission de disposer des plaintes, obligation prévue par l'article 41 de la *Loi*. Cette possibilité s'est présentée dans l'affaire *G.S. Tiwana c. Commission canadienne des droits de la personne et al.*[108], dans laquelle le plaignant, après signature d'un formulaire de plainte et ouverture d'une enquête, avait exprimé le désir d'élargir la portée de sa plainte au-delà de la discrimination fondée sur l'âge pour y inclure la discrimination

[107] *Ibid.*, paragraphe 36.
[108] (29 novembre 2000), n° du greffe T-60-00, (C.F. 1re inst.).

fondée sur la race. Le plaignant affirmait qu'il avait toujours présumé que toute enquête engloberait l'examen d'une discrimination fondée sur la race ou la couleur. Après diverses communications sur ce point, le plaignant fut informé par l'enquêteur qu'aucune modification de la plainte existante ne pouvait être acceptée, mais que le plaignant avait la liberté de présenter une autre plainte distincte se rapportant aux allégations additionnelles. Cependant, l'enquêteur a informé le plaignant que, en raison du délai de deux ans écoulé depuis la date de la présumée discrimination, il serait recommandé à la Commission de rejeter une telle plainte pour cause de prescription.

La plainte de discrimination fondée sur l'âge a été rejetée par la Commission à la suite de l'enquête, mais le plaignant a demandé le contrôle judiciaire du refus de modifier sa plainte initiale pour qu'elle englobe la discrimination fondée sur la race et la couleur. Compte tenu des faits, la Cour fédérale a estimé que le plaignant avait communiqué son désir de modifier la plainte initiale. Il n'avait pas déposé une plainte distincte faisant état de ses nouveaux griefs, mais c'était manifestement parce que l'enquêteur allait recommander le rejet d'une telle plainte pour cause de prescription. Eu égard aux circonstances, le fait pour le plaignant de ne pas avoir déposé une nouvelle plainte ne pouvait, de l'avis de la Cour, justifier un refus d'examiner la plainte de discrimination fondée sur la race. La Cour a exprimé l'avis que la voie à suivre aurait été de modifier la plainte existante. En d'autres termes, « l'article 41 n'autorise pas la Commission à refuser de donner suite à une plainte au motif d'une irrégularité de procédure »[109].

La Cour fédérale a donc fait droit à la demande du plaignant et ordonné à la Commission de considérer la plainte de discrimination fondée sur la race comme une modification de la plainte initiale, conformément à l'article 41 et, si nécessaire, à l'article 42 de la *Loi*.

Dans une autre affaire, *J. Jagir Singh c. Société canadienne des postes et al.*[110], la Cour fédérale a souligné que des conclusions de fait erronées doivent se rapporter à des éléments significatifs d'une affaire pour pouvoir être jugées importantes dans un contrôle judiciaire. Lorsqu'une erreur est sans conséquence pour la décision de la Commission, elle aura peu de poids, voire aucun, si cette décision fait l'objet d'un contrôle judiciaire. Dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour a noté qu'un enquêteur avait commis une erreur en indiquant que M. Singh avait été mis en garde par écrit contre le

[109] *Ibid.*, paragraphe 31.
[110] (19 juin 2000), nº du greffe T-157-97, (C.F. 1re inst.).

harcèlement sexuel, alors qu'en réalité ce n'avait pas été le cas. Néanmoins, la connaissance qu'avait M. Singh de ce en quoi consistait le harcèlement sexuel, ainsi que la politique de son employeur en la matière et le peu de cas qu'en faisait M. Singh, étaient des faits qui avaient été bien établis par l'ensemble de la preuve. La Cour a donc qualifié l'erreur de l'enquêteur d'erreur sans conséquence et a refusé à M. Singh le droit de contester la décision de la Commission de rejeter sa plainte de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique.

Dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Barrette*[111], la Cour d'appel fédérale s'est également demandé quelles normes de procédure devaient s'appliquer à la Commission lorsqu'elle décide à titre préliminaire conformément à l'article 41 de la *Loi* d'accepter et de traiter une plainte. L'étape de l'examen préliminaire a lieu avant qu'une enquête ne soit effectuée par la Commission. Étant donné la déférence qu'il faut accorder aux décisions prises par la Commission dans le contexte de ses enquêtes, la Cour d'appel a estimé qu'il fallait montrer encore plus de retenue envers les décisions prises au stade de l'examen selon l'article 41. Toutefois, la Cour a souligné que la Commission ne doit pas prendre à la légère sa fonction relative à l'examen initial et ne saurait donc ignorer les arguments qui lui sont présentés par les personnes qui font l'objet d'allégations de discrimination. La Commission ne peut simplement ignorer ou rejeter des observations faites par une personne à l'étape du filtrage initial au motif que l'intéressé aura, de toute façon, l'occasion de présenter de nouveau ses observations à une étape ultérieure du traitement de la plainte[112]. Aucune norme rigoureuse d'équité procédurale n'est imposée à la Commission à ce stade, mais la Commission doit « faire son travail avec diligence »[113].

Concernant l'affaire dont elle était saisie, la Cour d'appel a jugé que Postes Canada avait indiqué à la Commission que la plainte devrait être rejetée avant toute enquête parce que l'affaire avait été examinée dans le cadre de quatre griefs déposés en vertu du *Code canadien du travail*[114]. La Cour d'appel a jugé que la Commission ne s'était pas souciée de revoir la décision rendue par l'arbitre en vertu du *Code canadien du travail*. Voici les propos du juge : « Il est clair, à mon avis, que la Commission doit examiner la décision de l'arbitre, non pas pour déterminer si elle est liée par cette décision, mais plutôt pour répondre à la question de savoir si, compte tenu de la décision de

[111] [2000] 4 C.F. 145 (C.A.) [ci-après Barrette avec renvois à C.F.A.].
[112] *Ibid.*, paragraphe 24.
[113] *Ibid.*, paragraphe 25.
[114] *Code canadien du travail*, L.R. 1985, ch. L-2.

l'arbitre et des conclusions de fait et en matière de crédibilité qu'il a tirées, l'alinéa 41(1)*d*) ne s'applique pas, vu la nature de la plainte »[115]. La Cour d'appel a donc annulé la décision de la Commission de donner suite à la plainte et a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen conformément aux motifs exposés dans son arrêt.

Des questions semblables portant sur la manière dont la Commission devrait exercer son pouvoir discrétionnaire selon le paragraphe 41(1) se sont posées dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Procureur général du Canada et Olivia Banks*[116]. Dans cette affaire, la Commission avait décidé de donner suite à une plainte après s'être demandé si la victime présumée de l'acte discriminatoire aurait dû épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui étaient normalement ouverts [alinéa 41(1)*a*)]. La Commission a décidé de donner suite à la plainte et sa décision a été communiquée à Postes Canada.

La Cour fédérale a confirmé le champ étroit du contrôle judiciaire des décisions prises par la Commission en vertu du paragraphe 41(1), en soulignant que [TRADUCTION] « seules des considérations telles que la mauvaise foi de la part de la Commission, l'erreur de droit ou le fait d'agir sur la base de facteurs non pertinents trouvent application »[117]. Une certaine norme d'équité procédurale est requise en droit, mais elle se limite à l'obligation pour la Commission [TRADUCTION] « de communiquer aux parties l'essentiel de la preuve obtenue et de leur donner la possibilité d'y répondre »[118]. Dans l'affaire dont la Commission était saisie, Postes Canada avait été informée de l'analyse préliminaire de la plainte et avait effectivement présenté des arguments à la Commission. Comme cette mesure satisfaisait à la norme de l'équité procédurale, et puisque la Commission n'avait pas fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, la demande de Postes Canada en annulation de la décision a été rejetée.

Arrêt des procédures

Dans l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Roderick Leger et CCDP*[119], la demanderesse demandait à la Cour fédérale de suspendre les procédures se rapportant à une audience qui devait se dérouler devant un Tribunal des droits de la personne.

---

[115] *Barrette*, *supra*, note 111, paragraphe 28.
[116] (6 avril 2000), n° du greffe T-2427-98, (C.F. 1re inst.).
[117] *Ibid.*, paragraphe 22. Référence à l'affaire *Canada Post Corporation c. Canadian Human Rights Commission and Canadian Postmasters and Assistants Association* (8 mai 1997), n° du greffe T-2788-94, (C.F. 1re inst.).
[118] *Ibid.*, paragraphes 22 et 27.
[119] (22 février 2000), n° du greffe T-1547-99, (C.F. 1re inst.)[ci-après *Leger* avec renvois (C.F. 1re inst.)].

Le Tribunal lui-même avait refusé la requête du CNR en ajournement de l'instruction relative à la plainte jusqu'à ce que la Cour fédérale dispose de la contestation préliminaire du CNR quant à la légalité de cette audience. S'agissant d'une demande d'arrêt des procédures, la Cour fédérale a confirmé qu'un rigoureux critère à trois volets doit être appliqué. Pour avoir gain de cause, un demandeur doit établir (1) qu'il existe une question sérieuse; (2) qu'il subira un préjudice irréparable si le redressement n'est pas accordé; et (3) que la balance des inconvénients milite en faveur de l'octroi de l'arrêt.

L'évaluation du sérieux d'une question à ce stade ne requiert pas un examen détaillé de son bien-fondé. Il suffit que l'évaluation soit faite « en se fondant sur le bon sens et un examen extrêmement restreint du fond de l'affaire »[120]. La Cour a également souligné que, si le fond du litige n'apparaît ni frivole ni vexatoire, le juge devrait alors passer aux deux autres éléments du triple critère. Dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour a admis que les arguments fondés sur l'autorité de la chose jugée, ainsi que les arguments se rapportant à un délai de six ans qui s'était écoulé entre le présumé acte discriminatoire et le début de la procédure, soulève des questions suffisamment sérieuses pour satisfaire au premier volet du critère. Toutefois, sur la question du préjudice irréparable, la Cour a refusé de souscrire aux arguments avancés par la demanderesse. Celle-ci avait soutenu que le délai de six ans qui s'était écoulé avant que la procédure ne soit introduite constituait une atteinte à l'équité procédurale et un abus de procédure, car l'érosion de la mémoire des témoins, l'impossibilité d'appeler certains témoins et l'incapacité d'obtenir les preuves médicales requises allaient priver la demanderesse de son droit à une défense pleine et entière. La Cour a estimé qu'il s'agissait là de questions de preuve que le Tribunal avait pleine compétence pour juger et que ces questions n'augmentaient pas la probabilité d'un préjudice irréparable pour la demanderesse. La Cour a aussi décidé que les inconvénients normaux d'un procès (les dépenses considérables de temps, d'efforts, d'énergie et d'argent) ne constituaient pas en soi un préjudice irréparable en l'absence d'une faute commise par la Commission.

La conclusion de la Cour sur le deuxième volet du critère rendait inutile l'examen du volet final concernant la balance des inconvénients, mais la Cour a néanmoins fait remarquer qu'il est tout à fait conforme à l'intérêt public que les instructions des tribunaux des droits de la personne se déroulent aussi rapidement que possible.

---

[120] *Ibid.*, paragraphe 5, référence à l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P. G.)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

En l'espèce, la Cour n'a pu trouver aucune raison de croire qu'un arrêt des procédures n'entraînerait qu'un délai de courte durée. Non seulement y avait-il un droit d'appel, mais encore aucune preuve n'avait été présentée à la Cour indiquant que l'audience du Tribunal des droits de la personne pouvait avoir lieu à une autre date sans qu'il en résulte un délai supplémentaire.

Une demande de suspension d'une ordonnance de la Cour fédérale a été présentée dans l'affaire concernant Bell Canada. Comme on l'a vu précédemment, Bell Canada avait réussi à mettre en doute l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du tribunal, et la Cour fédérale avait rendu une ordonnance empêchant toute autre procédure jusqu'à ce que les problèmes identifiés par la cour soient corrigés. Les plaignants ont voulu faire suspendre cette ordonnance afin que la procédure engagée devant le tribunal puisse se poursuivre durant l'appel interjeté contre l'ordonnance de la Cour fédérale sur la question de l'indépendance institutionnelle[121].

La Cour d'appel fédérale a appliqué à cette affaire le même critère à trois volets expliqué ci-dessus dans l'affaire *Leger*. La Cour n'a pas hésité à dire que les griefs de l'appel formé contre l'ordonnance de la Section de première instance soulève des questions sérieuses de droit. Elle a ensuite examiné le préjudice irréparable qui pouvait être causé aux demandeurs, en soulignant que le temps requis pour obtenir une compensation financière ne constitue pas en principe un tel préjudice. Toutefois, la Cour a examiné d'autres arguments selon lesquels les longueurs du différend relatif à la parité salariale, la restructuration de Bell, les licenciements, les mises à la retraite et les décès pouvaient tout à fait entraîner pour le plaignant une perte de contact avec de nombreuses personnes susceptibles de bénéficier du règlement favorable du différend en question. Il serait dès lors impossible pour ces personnes de bénéficier des redressements de la décision qu'un tribunal pourrait éventuellement accorder. Devant la preuve de Bell selon laquelle il existait des listes complètes d'employés, de retraités et d'anciens employés qui souhaitaient maintenir le contact et selon laquelle les plaignants avaient fait peu d'efforts pour établir leurs propres listes, la Cour a jugé que le risque de perdre la trace de ces gens ne pouvait constituer le genre de préjudice irréparable susceptible de justifier une suspension. La Cour a également jugé que les délais qui sont source de tension pour les parties n'entraînent pas nécessairement, en soi, un préjudice irréparable, surtout lorsque des questions juridiques difficiles et complexes sont en jeu. La possibilité

[121] *CEP, CCDP, ACET et Femmes Action c. Bell Canada* (29 novembre 2000), n° du greffe A-689-99 (C.A.F.).

que les mandats de certains membres du tribunal puissent expirer avant la conclusion de la procédure ne constitue pas elle non plus un préjudice irréparable. La Cour fédérale a également fait ressortir le caractère inusité de cette demande particulière de suspension : [TRADUCTION] « Dans la plupart des cas où est demandée une suspension des procédures engagées devant des tribunaux administratifs, la partie qui demande la suspension voudrait faire cesser les procédures en attendant une décision au fond. Ici, une partie voudrait que les procédures reprennent malgré une décision judiciaire qui a conclu à l'existence d'un vice rédhibitoire dans la loi applicable. Bell Canada ne devrait pas être privée à la légère de l'avantage de cette décision »[122]. La demande de suspension a donc été rejetée.

La Cour suprême du Canada a récemment eu l'occasion d'examiner la décision d'un tribunal inférieur de suspendre la procédure engagée devant un Tribunal des droits de la personne en Colombie-Britannique, dans une affaire où la Commission avait été autorisée à intervenir[123]. L'affaire concernait une plainte de harcèlement sexuel déposée contre un politicien provincial connu (et membre du cabinet). Il s'était écoulé plus de 30 mois avant que cette plainte ne soit finalement instruite. Les deux plaintes subséquentes présentées à la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique ont été déposées environ six mois après que l'accusation de harcèlement sexuel eut été portée contre le ministre du cabinet provincial (M. Blencoe) par son adjointe administrative, accusation qui avait suscité une attention considérable de la part des médias et avait entraîné le renvoi de M. Blencoe du Cabinet et finalement son expulsion du caucus de son parti. Les circonstances entourant les plaintes déposées auprès de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique étaient antérieures aux incidents, ou étaient sans rapport avec les incidents, dont s'était plainte l'adjointe administrative, laquelle avait porté sur la place publique ses allégations de harcèlement sexuel. Ce n'est que deux ans et demi après le dépôt des deux plaintes que des instructions ont eu lieu devant un Tribunal des droits de la personne.

La majorité de la Cour suprême du Canada a conclu que le genre de préjudice psychologique contre lequel protège l'article 7 de la *Charte* ne comprend que celui qui est effectivement causé par l'État et qui peut être qualifié de « grave ». Dans cette affaire, une part

---

[122] *Ibid.*, paragraphe 22.

[123] *Blencoe c. Colombie-Britannique (Commission des droits de la personne)*, (5 octobre 2000), dossier n° 26789 (C.S.C.).

importante du préjudice subi par M. Blencoe s'expliquait par le fait que les médias s'étaient emparés des accusations initiales de son adjointe administrative (laquelle n'était pas concernée par les plaintes déposées devant la Commission des droits de la personne) et par le fait que M. Blencoe avait été par la suite renvoyé du Cabinet et du caucus de son parti. La Cour suprême a estimé que le lien de causalité était insuffisant entre la procédure engagée devant un tribunal provincial des droits de la personne (y compris tous les délais qui s'y rattachent) et le niveau de tension et de préjudice psychologique subi par M. Blencoe, lequel faisait face également à un procès civil découlant des accusations. La Cour a aussi jugé que les retards de la procédure n'accentuaient pas considérablement le préjudice que M. Blencoe avait déjà subi par suite de la publicité dommageable et de la réprobation entourant son renvoi du Cabinet. À supposer même qu'un lien de causalité suffisant existe, la Cour suprême a également décidé que l'article 7 de la *Charte* ne confère pas un droit individuel autonome à la dignité ni une protection contre la réprobation découlant d'une plainte en matière de droits de la personne. Seul un nombre limité de circonstances comportant des délais pourrait déclencher les protections énoncées à l'article 7 : « Ce n'est que dans des cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 »[124].

Étant donné que les protections de l'article 7 n'étaient pas applicables aux circonstances de cette affaire, on a examiné brièvement la possibilité de recours en droit administratif. Sur ce point, la Cour a fait observer qu'une suspension des procédures est possible lorsque des délais de procédure causés par l'État compromettent le droit à une audience équitable ou lorsque les délais sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour n'a pu conclure que les circonstances entourant les délais dans cette affaire satisfaisaient à telles exigences, ni que le présumé abus de procédure constituait une conduite oppressive de la part des autorités publiques et donnait donc ouverture à une réparation moindre relevant du droit administratif. Pour toutes ces raisons, la suspension des procédures accordée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été annulée.

[124] *Ibid.*, paragraphe 83.

Divulgation de documents et allégations de privilège pour des raisons d'intérêt public

La production de preuves littérales est souvent un élément important dans les affaires instruites par un Tribunal des droits de la personne. La question de la compétence du Tribunal pour trancher certaines questions de la preuve a été examinée par la Cour fédérale dans l'affaire *Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada et Commission canadienne des droits de la personne*[125]. Dans une instruction portant sur la question de la parité salariale, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (G.T.N.-O.) s'est opposé à une ordonnance du Tribunal l'obligeant à produire certains documents qui, selon le G.T.N.-O., étaient sujets à un privilège pour raison d'intérêt public. Le Tribunal avait ordonné leur production pour déterminer si, à son avis, l'allégation d'immunité pour cause d'intérêt public était justifiée. Le G.T.N.-O. a contesté la validité de cette ordonnance et demandé le contrôle judiciaire de la compétence du Tribunal de trancher la question de l'immunité pour cause d'intérêt public. Parallèlement à cette demande, l'AFPC et la CCDP ont demandé à la Cour fédérale de rendre une ordonnance rejetant l'objection du G.T.N.-O. à la production des documents en question. La Cour fédérale a examiné à la fois la question de la compétence et les éléments fondamentaux de l'affirmation selon laquelle un privilège lié à l'intérêt public s'attachait aux documents en question.

Après examen de la question de la compétence, la Cour fédérale a rejeté l'argument selon lequel la question de l'immunité pour cause d'intérêt public comportait des questions de preuve que le Tribunal des droits de la personne était pleinement habilité à trancher. Cette question était régie par l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC)[126]. Les dispositions de cet article reconnaissent entre autres que, lorsqu'un ministre de la Couronne du chef du Canada ou une autre personne intéressée s'oppose, en alléguant un intérêt public déterminé, à la divulgation de renseignements devant un organisme investi par une loi fédérale du pouvoir de contraindre la production de tels renseignements, l'affaire sera décidée par la Section de première instance de la Cour fédérale en conformité avec les règles énoncées dans cet article. L'article 37 habilite aussi une cour supérieure à trancher de telles questions, mais la Cour fédérale a conclu que le Tribunal des droits de la personne ne pouvait être considéré comme une cour supérieure aux fins de l'article 37. La Cour a donc conclu que, [TRADUCTION] « dans le cas d'objections à la divulgation de renseignements par le gouvernement fédéral ou ses organismes, dans lesquels j'engloberais le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest,

[125] (11 octobre 2000), n° du greffe T-1571-00, (C.F. 1re inst.).
[126] *Supra*, note 6.

qui agit conformément à des lois fédérales, les dispositions générales de la *Loi sur les droits de la personne* n'établissent pas, à mon avis, une exception à l'application des art. 37 à 39 de la LPC. Lorsque l'objection a été soulevée ici par le G.T.N.-O. auprès du tribunal, celui-ci n'avait, à mon avis, d'autre pouvoir que de laisser à la Cour fédérale le soin de dire si l'objection fondée sur l'immunité pour cause d'intérêt public devrait être maintenue »[127].

Quant au bien-fondé de l'objection, la Cour fédérale a souligné qu'aucune immunité de caractère général ne s'attachera à des documents simplement parce qu'ils ont été utilisés par l'exécutif, ou préparés par lui. Voici les propos de la Cour : « L'intérêt public général dans le maintien de documents confidentiels destinés au bon fonctionnement du cabinet ne l'emporte pas, en l'absence d'un autre intérêt public bien défini, sur l'intérêt public dans l'administration de la justice, en l'occurrence ici l'instruction par le tribunal d'une importante plainte concernant le traitement discriminatoire illicite de certains employés »[128]. La Cour fédérale a reconnu que c'est avec circonspection qu'il convient d'apprécier l'intérêt public particulier allégué à l'appui d'une revendication d'immunité. Les facteurs à considérer sont le niveau du processus décisionnel concerné, le contenu particulier des documents et le moment de la divulgation d'un document ou renseignement par rapport au niveau d'intérêt public, d'une manière qui pourrait sérieusement entraver le bon fonctionnement du gouvernement.

Dans cette affaire, le G.T.N.-O. définissait ainsi l'intérêt public particulier pour lequel une protection était demandée : « une bonne négociation collective avec des syndicats d'employés du secteur public, ainsi que les matières connexes concernant les intérêts des employés, tels les systèmes de classification des postes »[129]. La Cour a admis que la confidentialité concernant la stratégie d'un gouvernement et la planification de la négociation collective constituait un intérêt public important, mais il n'en était ainsi que pendant une certaine période de temps pendant et après le processus de négociation. Voici ce que dit la Cour : [TRADUCTION]

> « ... l'immunité pour cause d'intérêt public en ce qui concerne cette information ne dépasserait pas, sans d'autres explications ou preuves du préjudice, la conclusion d'une convention collective, à moins que l'information ne concerne une divergence persistante qui est susceptible de faire l'objet de

[127] *Supra*, note 125, paragraphe 35.
[128] *Ibid.*, paragraphe 17.
[129] *Ibid.*, paragraphe 24.

> négociations futures. Un rapport sur des matières qui ont fait l'objet d'une entente durant les négociations pourrait difficilement justifier un privilège pour cause d'intérêt public plusieurs mois ou plusieurs années après la prise d'effet de l'entente visée par le rapport »[130].

Les principes exposés dans ce jugement ont été utilisés par la Cour fédérale dans l'examen des documents à l'égard desquels un intérêt public avait été allégué. Elle a ordonné que certains des renseignements figurant dans ces documents soient produits devant le Tribunal des droits de la personne. Certains des renseignements figurant dans un document bénéficiaient d'une immunité pour cause d'intérêt public, mais la Cour a ordonné qu'ils en soient retranchés et que le reste du document soit produit devant le Tribunal. La Cour a aussi ordonné au Tribunal d'examiner tout autre cause de privilège, non rattaché à l'immunité pour intérêt public mentionnée à l'art. 37 de la LPC, qui pourrait être invoqué par le G.T.N.-O. au regard des renseignements divulgués conformément à l'ordonnance de la Cour. Les allégations de privilège non rattachées à l'art. 37 de la LPC étaient donc considérées comme des questions de preuve que le Tribunal des droits de la personne était pleinement habilité à trancher.

Règlement avant décision

Vu le rôle que le règlement amiable des affaires doit jouer dans l'application de la *Loi*, l'article 48 a été modifié en 1998 pour prévoir des règlements entre les parties n'importe quand avant le début de l'audience d'un Tribunal des droits de la personne. L'article 48 de la *Loi* prévoit aussi que le règlement, une fois approuvé par la Commission, peut, par requête d'une partie ou de la Commission à la Cour fédérale, être assimilé à une ordonnance de la Cour fédérale. Dans les cas où les parties à un règlement s'entendent pour en faire une ordonnance judiciaire, la Cour fédérale a jugé que la procédure qui conduit à ce résultat peut être introduite par voie d'avis de requête, avec affidavit justificatif et représentations écrites. L'affaire particulière dont elle était saisie avait été introduite par voie de demande (*P.G. du Canada c. Organisation nationale des représentants indiens et inuit en santé communautaire*[131]), et il ne pouvait donc techniquement en être disposé d'une manière sommaire du consentement des parties, mais la Cour fédérale a jugé que les Règles de la Cour permettaient aux parties d'être soustraites à l'obligation de se conformer aux règles applicables et d'obtenir qu'il soit disposé de l'affaire au moyen de représentations écrites.

---

[130] *Ibid.*, paragraphe 24.

[131] *P.G. du Canada c. Organisation nationale des représentants indiens et inuit en santé communautaire*, (23 juin 2000), n° du greffe T-981-00 (C.F. 1re inst.).

Table des causes

Âge

Procureur général du Canada c. Surendar Singh et CCDP (4 avril 2000), n° du greffe T-2116-98 (C.F., 1re inst.).

Carter c. Forces armées canadiennes (2 mars 2000), TD 2/00 (T.C.D.P.).

Aspects de l'égalité

Chef et Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. MacNutt et CCDP et al. (2000), 187 D.L.R. (4e) 741 (C.A.F.).

Conseil de la bande de Gordon c. CCDP et Sarah Laslo (2000), [2001] 1 C.F. 124 (C.A.).

Sexe et origine ethnique

Marinaki c. Développement des ressources humaines Canada (29 juin 2000), TD 3/00 (T.C.D.P.).

Sexe

Oster c. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (Section maritime) Section locale 400 (9 août 2000), TD 4/00 (T.C.D.P.).

Déficience

Canada (P.G.) c. Green, [2000] 4. C.F. 629 (C.F., 1re inst.).

CCDP et Cramm c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (Terra Transport), Fraternité des préposés à l'entretien des voies et AFPC (16 juin 2000), n° du greffe T-1503-98 (C.F., 1re inst.).

Vlug c. Société Radio-Canada (15 novembre 2000), TD 6/00 (T.C.D.P.).

Wachal c. Manitoba Pool Elevators (27 septembre 2000), TD 5/00 (T.C.D.P.).

Parité salariale : questions de compétence et de procédure

Bell Canada c. ACET, CEP, Femmes Action et CCDP (20 juin 2000), n° du greffe T-756-00 (C.F., 1re inst.).

Bell Canada c. ACET, CEP, Femmes Action et CCDP (7 juillet 2000), n° du greffe T-2281-99 (C.F., 1re inst.).

Bell Canada c. ACET, CEP, Femmes Action et CCDP (2 novembre 2000), n° du greffe T-890-99 (C.A.F.).

CCDP et AFPC c. Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (11 octobre 2000), n° du greffe T-1571-00 (C.F., 1re inst.).

CEP, CCDP, ACET et Femmes Action c. Bell Canada (29 novembre 2000), n° du greffe A-698-00 (C.A.F.).

Questions de compétence et de procédure

Procureur général du Canada c. Organisation nationale des représentants indiens et inuit en santé communautaire (23 juin 2000), n° du greffe T-981-00 (C.F., 1re inst.).

Blencoe c. Colombie-Britannique (Commission des droits de la personne) (5 octobre 2000), n° du greffe 26789 (C.S.C.).

Bourgeois c. Banque Canadienne Impériale de Commerce et al. (27 mars 2000), n° du greffe T-1327-99 (C.F., 1re inst.).

Société canadienne des postes c. Procureur général du Canada et Olivia Banks (6 avril 2000), n° du greffe T-2427-98 (C.F., 1re inst.).

Société canadienne des postes c. Barrette, [2000] 4 C.F. 145 (C.A.).

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Leger et CCDP (22 février 2000), n° du greffe T-1547-99 (C.F., 1re inst.).

Citron et al. c. Ernst Zundel et al., [2000] 4 C.F. 225 (C.A.).

Close c. Air Canada (27 mars 2000), n° du greffe T-496-99 (C.F., 1re inst.).

Hutchinson c. L'honorable Christine Stewart (ministre de l'Environnement du Canada) (26 octobre 2000), n° du greffe T-1072-98 (C.F., 1re inst.).

Singh c. CCDP, Société canadienne des postes et al. (19 juin 2000), n° du greffe T-157-97 (C.F., 1re inst.).

Tiwana c. CCDP et Procureur général du Canada (29 novembre 2000), n° du greffe T-60-00 (C.F., 1re inst.).

Zundel c. Procureur général du Canada et al. (13 décembre 2000), n° du greffe A-388-99 (C.A.F.).

Zundel c. Canada (Commission des droits de la personne), [2000] 4 C.F. 255 (C.A.).

Zundel c. CCDP et al. (10 novembre 2000), n° du greffe A-215-99 (C.A.F.).